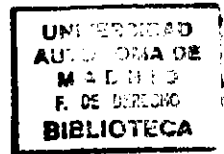


UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

LAS CLAUSULAS ACCESORIAS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

R.O. 82.485



Tesis doctoral presentada por D.
Francisco VELASCO CABALLERO, para
la obtención del grado de Doctor,
realizada bajo la dirección del
Prof.Dr.D. Alfredo GALLEGO
ANABITARTE, Catedrático de Derecho
Administrativo de la Universidad
Autónoma de Madrid.

Madrid, 1994

ABREVIATURAS UTILIZADAS

AA	Actualidad Administrativa
ADC	Anuario de Derecho Civil.
art.	artículo.
Az.	Numero marginal del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
AbfG	Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen, vom 7.6.1972
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts.
AtomG	Gesetz über friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren, vom 15.7.1985
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BauGB	Baugesetzbuch (in der Fassung vom 8.12.1986)
BayBO	Bauordnung für das Land Bayern, vom 1.8.1962.
BayObLG	Bayerische Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerische Verwaltungsgerichtshof
BCL	Banco de Crédito Local.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, von 18.8.1896
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen.
BHO	Bundeshaushaltsordnung, vom 19.8.1969
BImSchG	Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, vom 15.3.74
BImSchV	Verordnung(en) zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes

BSG	Bundessozialgericht
BN	Biblioteca Nacional
BVerfG	Bundesverfassungsgericht.
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgericht.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht.
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht.
Cap.	Capítulo.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución española.
CEC	Centro de Estudios Constitucionales.
cit.,	citado
Cp.	Código penal.
CPAP	Código de Procedimiento Administrativo de Portugal: Decreto-Ley 442/1991, de 15 de noviembre.
D.	Decreto
D.833/75	Reglamento de la Ley de Protección del ambiente atmosférico: Decreto 833/1975 de 6 de febrero de 1975.
D.833/88	Reglamento para la ejecución de la Ley de Régimen Jurídico Básico de Residuos Tóxicos y Peligrosos: Decreto 833/1975, de 20 de julio de 1988.
DCE	Dictamen del Consejo de Estado.
DREM	Decreto de Régimen Especial de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de Madrid: Decreto 840/1966, de 23 de julio.
DT	Disposición Transitoria.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung.
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt.
E.	Entscheidung.
Ed.	Edición.
Exp.	Expediente.
FJ	Fundamento Jurídico.
FS	Festschrift.
FStrG	Bundesfernstraßengesetz (in der Fassung vom 1.10.1974).

LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Ley de 27 de diciembre de 1956
LMi.	Ley de Minas: Ley 22/1973, de 21 de julio.
LODE	Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación: Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio.
LOPSC	Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana: Ley 1/1992, de 21 de febrero.
LP	Ley de Puertos y de la Marina Mercante: Ley 27/1992, de 24 de noviembre.
LPA	Ley de Procedimiento Administrativo: Ley de 17 de julio de 1958.
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico Español: Ley 16/1985, de 25 de junio.
LPMA-Madrid	Ley de Protección del Medio Ambiente: Ley 10/1991, de 4 de abril, de la Comunidad Autónoma de Madrid.
LPE	Ley de Patrimonio del Estado: Ley 1022/1964, de 15 de abril.
LS	Ley del Suelo: Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo Ordenación Urbana.
párr.	párrafo.
RBEL	Reglamento de Bienes de las Entidades Locales: Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
LTPP	Ley de Tasas y Precios Públicos: Ley 8/1989, de 13 de abril.

GewO	Gewerbeordnung, in der Fassung (in der Fassung vom 1.1.1987)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.5.1949
IEA	Instituto de Estudios Administrativos.
IEAL	Instituto de Estudios de Administración Local.
IEP	Instituto de Estudios Políticos
Instrucción	Instrucciones complementarias del Reglamento regulador de Industrias Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas: OM 15 marzo de 1963.
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
LA	Ley de Aguas: Ley 29/1985, de 2 de agosto
LAU	Ley de Arrendamientos Urbanos: Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LBRL	Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local: Ley 7/1985, de 2 de abril
LC	Ley de Costas: Ley 22/1988, de 28 de julio
LCarr.	Ley de Carreteras: Ley 25/1988, de 29 de julio.
LCE	Ley de Contratos del Estado: Decreto 923/1965, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley.
LEF	Ley de Expropiación Forzosa: Ley de 16 de diciembre de 1954.
LGP	Ley General Presupuestaria: Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley.
LHL	Ley de Haciendas Locales: Ley 39/1988, de 28 de de diciembre.
LInd.	Ley de Industria: Ley 21/1992, de 16 de junio.

LTráf.	Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: R.Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.
MBI.	Ministerialblatt.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
N.Marg.	Número Marginal.
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht.
NW	Nordrhein-Westfalen.
Ob.cit.,	Obra citada.
OETLM	Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias y Control Urbanístico del Ayuntamiento de Madrid: Acuerdo plenario de 28 de abril de 1989.
OFTLAM	Ordenaza Fiscal reguladora de la Tasa por Licencia de Apertura, del Ayuntamiento de Madrid (en vigor desde 1 de enero de 1986).
OVG	Oberverwaltungsgericht.
OM	Orden Ministerial.
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (in der Fassung vom 19.2.1987).
párr.	párrafo.
PBefG	Personenbeförderungsgesetz, vom 21.3.1961.
PCGCC	Pliego de Condiciones Generales para las Concesiones demaniales en las playas, zona marítimo-terrestre y mar territorial (OM. de 8 de noviembre de 1985).
PCPP	Pliego de Condiciones Particulares y Prescripciones de concesiones en dominio público marítimo terrestre (conforme a OM. de 8 de noviembre de 1985).
PGOUM	Plan General de Ordenación Urbana de Madrid.
ProVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht.
RAMINP	Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas: Real Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre
RAP	Revista de Administración Pública.

RC	Reglamento de Costas: Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.
RD	Real Decreto.
RD-Ley	Real Decreto-Ley.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RDPH	Reglamento del Dominio Público Hidráulico: Real Decreto 849/1986, de 11 de abril
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
RDU	Reglamento de Disciplina Urbanística: Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica.
REDA	Revista de Española de Derecho Administrativo.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RGU	Reglamento de Gestión Urbanística: Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto.
RMi.	Reglamento de Minas: Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto.
DA	Documentación Administrativa.
REVL	Revista de Estudios de la Vida Local.
RGPE	Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas: Real Decreto 2826/1982, de 27 de agosto.
RPU	Reglamento de Planeamiento Urbanístico: Real Decreto 2159/1978, de 23 de junio.
S.	Sentencia.
SprengG	Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe, vom 13.9.1976.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
StGB	Strafgesetzbuch, (in der Fassung vom 10.3.1987).
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.
VerfGH	Verfassungsgerichtshof

Verwa	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof.
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler.
VwGO	Verwaltungsgerichtordnung, vom 21.1.1960.
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz, vom 25.5.1976.
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz, vom 27.4.1953.
WaffenG	Waffengesetz, vom 8.3.1976
WHG	Wasserhaushaltsgesetz, vom 23. September 1986.
ZPO	Zivilprozeßordnung, vom 30.1.1977.

NOTA SOBRE EL SISTEMA DE CITAS

Las obras consultadas se citan por páginas (p.) o por numeración de párrafos (párr.). Utilizo la cita del párrafo siempre que la referencia sea más precisa que la página y, sobre todo, siempre que se trate de obras con varias ediciones, donde cambia la paginación, pero no la numeración por párrafos. En los comentarios de leyes, la cita se inicia con el artículo objeto de comentario, a lo que sigue una página o un número de párrafo. He respetado, no obstante, las formas tradicionales de citas de obras determinadas. Este es el caso de las citas por capítulos y párrafos de los manuales alemanes (WOLFF/BACHOF; MAURER; ERICHSEN/MARTENS).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se cita por la fecha (día, mes, año) y el número marginal del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (Az.). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se cita por número de orden, año y Fundamento Jurídico (FJ). Las sentencias de los Tribunales alemanes se cita siguiendo la forma usual en el propio país; esto es, en las colecciones oficiales se cita el órgano jurisdiccional (p.ej: BVerwG), el volumen citado y la página donde comienza el texto de la sentencia (Un segundo número de página remite al lugar exacto donde se expone un determinado fundamento). La cita también se hace por revistas jurídicas; en este caso, a la mención del órgano judicial sigue la abreviatura de la revista (p.ej: DVBl), y después el número de página donde se inicia la transcripción del texto.

Los textos de Derecho comparado que se incluyen en este estudio (tanto de doctrina como legislativos o sentencias) son traducción propia, salvo que expresamente se mencione otra fuente.

SUMARIO

PRIMERA PARTE: BASES CONCEPTUALES

CAPITULO 1: TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y CLAUSULAS ACCESORIAS

CAPITULO 2: ELEMENTOS Y CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

CAPITULO 3: EL TERMINO.

CAPITULO 4: LA CONDICION

CAPITULO 5: EL MODO.

CAPITULO 6: ¿EXISTE UN "TERTIUM GENUS" ENTRE CONDICION Y MODO?

CAPITULO 7: RESERVA DE REVOCACION.

CAPITULO 8: OTRAS RESERVAS.

CAPITULO 9: DISTINCION ENTRE CLAUSULAS ACCESORIAS.

SEGUNDA PARTE: ADMISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS ACCESORIAS EN EL DERECHO PUBLICO.

CAPITULO 10: PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

CAPITULO 11: OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

CAPITULO 12: ¿VOLENTI NON FIT INIURIA?

CAPITULO 13: ADMISIBILIDAD DE LOS DISTINTOS TIPOS DE CLAUSULAS ACCESORIAS

CAPITULO 14: INCLUSION O MODIFICACION POSTERIOR DE CLAUSULAS ACCESORIAS.

CAPITULO 15: CONSECUENCIAS DE LA ILICITUD DE UNA CLAUSULA ACCESORIA.

TERCERA PARTE: IDENTIFICACION DE CLAUSULAS ACCESORIAS EN VARIOS TIPOS
DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

CAPITULO 16: LICENCIA DE APERTURA

CAPITULO 17: LICENCIA DE EDIFICACION.

CAPITULO 18: SUBVENCION

CAPITULO 19: CONCESION DE DOMINIO PUBLICO.

CUARTA PARTE: PROCEDIMIENTO Y PROCESO.

CAPITULO 20: PROCEDIMIENTO DE INCLUSION DE CLAUSULAS ACCESORIAS.

CAPITULO 21: PROCESO Y CLAUSULAS ACCESORIAS.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

ÍNDICE

	Págs.
PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION	1
PRIMERA PARTE: BASES CONCEPTUALES.	
CAPITULO 1:	
TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y CLÁUSULAS ACCESORIAS.	
I. Planteamiento	9
II. El negocio jurídico en Derecho público	11
A) El negocio jurídico, creación original de la pandectística	11
B) De la Pandectística a la dogmática jurídico-pública	15
III Crítica a la negocialización del acto administrativo	22
A) El negocio jurídico es siempre -- privado	23
B) El acto administrativo no es ne-- gocio jurídico	25

CAPITULO 2:
ELEMENTOS Y CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

I.	Elementos y contenido del acto administrativo y del negocio jurídico.....	31
II.	Contenido básico y cláusulas del acto administrativo	37
III	Cláusulas "iuris"	38
	A) Concepto	38
	B) Concepto de "conditio iuris" en la jurisprudencia.....	46
IV.	Cláusulas accesorias	47
V.	Distinción entre cláusula accesoria y cláusula "iuris"	52

CAPITULO 3:
EL TERMINO.

I.	Concepto y clases	59
II.	Relación entre término y acto administrativo	60
III	Efectos del término	61
	A) Término inicial	61
	B) Término final o plazo	62

IV. Prórroga del plazo	64
V. Actos administrativos en cadena	67

CAPITULO 4:

LA CONDICIÓN

I. Concepto	71
II. Clases	75
A) Casual o potestativa	75
B) Suspensiva o resolutoria	76
III. El plazo de caducidad como condición	77
IV. Falsas condiciones	79
A) "Conditiones iuris".....	79
B) Exigencias materiales naturales	82
V. Efectos de la condición	82
A) Eficacia interna/externa del acto administrativo	83
B) Efectos de la condición suspensiva y de la resolutoria	85
VI. Efectos de la condición resolutoria	86
A) Extinción del acto	86
a) Caducidad, resolución, sanción, revocación.....	86
b) Caducidad no es sanción	87

c)	Caducidad no es revocación	94
B)	Efectos de la caducidad	96
a)	Recurso al Derecho civil	96
b)	Insuficiencia del concepto civil de caducidad	99
C)	¿Ipso iure?	99
a)	Solución en Derecho alemán	99
b)	Solución en Derecho español	100
aa)	La regla de la extinción automática	100
bb)	Necesidad de declaración de caducidad	101
D)	Régimen jurídico de la declaración de caducidad	104
a)	Planteamientos posibles	104
aa)	Mera comprobación	104
bb)	Decisión reglada	105
cc)	Decisión discrecional	106
dd)	Decisión obligatoria salvo caso excepcional	107
b)	Graduación de la obligación de declarar la caducidad.....	107
aa)	Caducidad declarativa o constitutiva	108
bb)	Tipo de acto administrativo ..	109
E)	¿Efectos "ex nunc" o "ex tunc"?	112
a)	La cuestión en las codificaciones civiles nacionales	112
b)	Influencia de la solución civil en Derecho administrativo	115
aa)	Irretroactividad en Derecho administrativo alemán	115
bb)	Retroactividad en Derecho administrativo español	116
VII.	Efectos de la condición suspensiva	120

VIII. La protección del estado de pendencia ...	124
A) Reglas civiles de protección del estado de pendencia	124
B) ¿Estado de pendencia en el acto administrativo?	126
a) Estado de pendencia para la Administración	126
b) Estado de pendencia para el particular	126
aa) Control de legalidad	127
bb) Responsabilidad patrimonial ..	127
C) Influencia inadmisibile sobre la condición	128

CAPITULO 5:

EL MODO.

I. Concepto	132
A) Obligación de hacer, no hacer o soportar	132
B) En actos administrativos favorables ..	134
C) El modo es parte integrante del acto .	135
a) Sobre la doctrina de la naturaleza independiente del modo.	135
b) La necesaria vinculación de acto y modo	139
aa) Dependencia del modo respecto del acto administrativo principal	140
bb) Dependencia del acto principal respecto del modo	143

cc)	Ilegalidad del acto principal sin modo	146
D)	El modo como adaptación del acto típico al caso concreto	147
II.	Consecuencias jurídicas del incumplimiento del modo	150
A)	Ejecución forzosa del modo	151
B)	Revocación del acto	154
	a) Regulación legal	154
	b) Revocación del acto sin previsión legal específica	155
C)	La elección de la consecuencia jurídica	160
	a) Planteamiento	160
	b) Subsidiariedad de la revocación ..	161
D)	Sanciones administrativas	167

CAPITULO 6:

¿EXISTE UN "TERTIUM GENUS" ENTRE CONDICIÓN Y MODO?

I.	Planteamiento	169
II.	Modo modificatorio (modifizierende Auflage)	171
III	Delimitaciones de contenido	176
A)	¿Contenido del acto administrativo o cláusulas accesorias?	177
B)	¿Un nuevo tipo de cláusula?	182

CAPITULO 7:
RESERVA DE REVOCACIÓN.

I.	Concepto	185
II.	Teorías explicativas: afinidad con categorías formadas en Derecho privado ..	187
A)	Término	188
B)	Condición resolutoria potestativa ...	188
C)	Retracto convencional	190
E)	Inoponibilidad de negocio jurídico ..	193
III	Explicación de la reserva en referencia al régimen legal de la revocación	194
A)	Circunstancias legales en que se permite la revocación, y su modificación mediante reserva	195
a)	Regulación legal de supuestos revocatorios	195
b)	El carácter constitutivo de la reserva de revocación	202
aa)	Dos acepciones de la expresión "carácter constitutivo de la reserva de revocación" ...	202
bb)	Previsión de una futura revocación en el marco de las leyes	204
1.	Precisión conceptual	204
2.	Intentos de justificación teórica del "carácter constitutivo"	207
3.	Negación del "carácter constitutivo"	211
4.	La reserva de revocación como instrumento de ponderación de intereses.	214
B)	Indemnización	216
a)	Régimen legal	216
b)	Efectos del acto administrativo sobre la situación patrimonial de su receptor	217

c) La reserva de revocación como elusión de indemnización	226
1. Para el caso en que el acto crea un derecho subjetivo patrimonial	227
2. Para el caso en que el acto crea una situación de confianza legítima	228
IV. Clases de reservas de revocación	235

CAPITULO 8:

OTRAS RESERVAS.

I. Reserva de modificación	235
II. Reserva de decisión	236

CAPITULO 9:

DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULAS ACCESORIAS.

I. Determinaciones temporales	239
A) Distinción término final-condición ..	240
B) Distinción término final-reserva de revocación	240
C) Distinción reserva de revocación- condición resolutoria	241
II. Cláusulas rectoras	242
A) Origen civil en la distinción entre condición y modo	242

B)	Criterios de diferenciación en el acto administrativo	244
----	--	-----

SEGUNDA PARTE: ADMISIBILIDAD DE LAS CLÁUSULAS ACCESORIAS EN EL
DERECHO PUBLICO.

CAPITULO 10:

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

I.	Principio de legalidad y acto administrativo	253
A)	Planteamiento	253
B)	Principio de legalidad y cláusulas accesorias	255
II.	Cláusulas accesorias en el acto reglado ..	256
A)	Criterio general contra las cláusulas accesorias	256
B)	Supuestos de admisibilidad	258
a)	Para asegurar el cumplimiento de los requisitos de la ley	258
b)	Cláusulas accesorias autorizadas por la ley	267
c)	En actos reglados con dispensa ...	270
d)	Para el mantenimiento del orden público	270
e)	Para la aplicación de otras normas	271
C)	¿Apoyo directo en la Constitución? ...	272
a)	Planteamiento	272
b)	¿El principio de legalidad como principio absoluto?	273

c)	Principios constitucionales para la inclusión de cláusulas accesorias	282
III	En el acto discrecional	288
A)	Facultad de la Administración	288
B)	Obligación de la Administración	291
IV.	Recapitulación: tipología de relaciones norma-cláusula accesoria	292
V.	Límites generales a las cláusulas accesorias, derivados del principio de legalidad	294
A)	Vinculación material entre cláusula accesoria y acto administrativo	295
B)	Adecuación de la cláusula accesoria al fin de la norma	297
C)	¿Adecuación de la cláusula accesoria al fin del acto administrativo?	302
D)	Relación entre el efecto favorable del acto y la restricción de la cláusula accesoria	303
VI.	¿Actos administrativos que por naturaleza no admiten cláusulas accesorias?	304
VII.	Ilegalidad intrínseca de la cláusula accesoria	307

CAPITULO 11:

OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

I.	Proporcionalidad	312
----	------------------------	-----

A)	Aplicación del principio de proporcionalidad a las cláusulas accesorias	313
B)	La elección del tipo de cláusula accesoria	315
II.	Seguridad jurídica	318
III	Sometimiento a los derechos fundamentales.	319
A)	Principio de igualdad	320
B)	Libertad de empresa	321
C)	Derecho de propiedad	322

CAPITULO 12:

¿VOLENTI NON FIT INIURIA?

I.	Consentimiento del particular conforme a la ley	323
II.	Aceptación de cláusulas no conformes con la ley y gravosas para el particular	325
A)	Planteamiento	325
B)	¿Prohibición ex art.88 LRJAP?	328

CAPITULO 13:

ADMISIBILIDAD DE LOS DISTINTOS TIPOS DE CLÁUSULAS ACCESORIAS

I.	Condición	335
A)	Condición suspensiva	335
B)	Condición resolutoria	336

II. Término	337
III Reservas	339
A) Reserva de revocación	339
a) Tipología de relaciones reserva de revocación-norma	339
b) Criterios de admisibilidad	341
aa) Notas generales	341
bb) Criterios de validez	344
B) Reserva de modificación	351
C) Reserva de decisión	354
IV. Modo	356
A) El problema de la legalidad del modo .	356
B) Admisibilidad de los distintos tipos de modos	357
a) Modos correctores	357
aa) Modos de protección	357
bb) Modos de compensación económica	358
cc) Modos de garantía de liquidez	358
dd) Modos de vigilancia o comprobación	359
b) Modos de compensación	360
aa) Modos de traslado de responsabilidad	360
bb) Modos de exoneración de responsabilidad	361
cc) Modos de reversión	361
dd) Modos de renuncia a indemnización	362
c) Modos de complemento	363
aa) Modos de limitación de la libertad contractual	363
d) Modos de aseguramiento del fin del acto	364

aa)	Modos de soportar el control administrativo	364
bb)	Modos de prohibición de contratación de seguros privados	365
cc)	Modos de información	365
dd)	Modos de vinculación al plan económico	365
e)	Modos sobre bienes patrimoniales ajenos	366
f)	Modos para cuyo cumplimiento se necesita una autorización administrativa	366

CAPITULO 14:

INCLUSIÓN O MODIFICACIÓN POSTERIOR DE CLÁUSULAS ACCESORIAS.

I.	Por modificación normativa	369
A)	Planteamiento	369
B)	Límites a las nuevas normas que modifiquen el clausulado del acto	372
a)	Principio de proporcionalidad	372
b)	Protección de la confianza legítima	375
aa)	Protección de la confianza e irretroactividad	375
bb)	Aplicación del principio de protección de la confianza legítima	381
cc)	La aplicación de este principio para el RGPE	384
C)	Límites en la concreción de la norma al caso	386
a)	Proporcionalidad	388
b)	Protección de la confianza legítima	388

II.	Inclusión o modificación posterior de cláusulas sin que exista cambio normativo	390
A)	En la subvención	390
B)	En la concesión de dominio público ...	391
C)	En la licencia de apertura	393
	a) Fundamento	393
	b) Procedimiento	397
	c) Límites	398

CAPITULO 15:

CONSECUENCIAS DE LA ILICITUD DE UNA CLÁUSULA ACCESORIA.

I.	En Derecho civil	403
II.	En Derecho administrativo	405
A)	Del negocio jurídico civil al acto administrativo	405
B)	La regulación del art.64.2 LRJAP	408

TERCERA PARTE: IDENTIFICACION DE CLÁUSULAS ACCESORIAS EN VARIOS TIPOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

CAPITULO 16:
LICENCIA DE APERTURA.

I.	La licencia apertura	415
II.	Admisibilidad y tipología de cláusulas accesorias	416
A)	¿Cláusulas accesorias?	416
B)	Delimitaciones de la actividad permitida	418
C)	Emplazamiento y distancias de la actividad o instalación	421
D)	"Medidas correctoras".....	422
	a) Concepto	422
	b) ¿Acta de comprobación o licencia de funcionamiento?	423
	c) ¿Condiciones o modos?	428
E)	Tasa por licencia	429
F)	Consecuencias del incumplimiento de condiciones potestativas y modos	430
	a) Requerimiento	431
	b) Consecuencias jurídicas diferenciadas para la condición potestativa y el modo	432
	aa) Modo	432
	bb) Condición potestativa	434
	c) Sanción administrativa	436
G)	Reserva de revocación	436
H)	Término final	439

CAPITULO 17:
LICENCIA DE EDIFICACIÓN.

I.	Admisibilidad de las cláusulas accesorias .	441
II.	Condiciones y modos en la licencia de edificación	445
A)	Condiciones resolutorias	446
a)	Los plazos de edificación en la licencia	446
b)	Urbanización simultánea	451
c)	Otras condiciones resolutorias	453
B)	Condiciones suspensivas	453
C)	Modos	454
III	Efectos del incumplimiento de condiciones resolutorias (potestativas) y modos	456
A)	Licencia de edificación condicionada a la edificación simultánea	456
B)	Regulación general de la LS	458
a)	Obras en curso	459
b)	Obras terminadas	462
aa)	Incumplimiento de condición resolutoria	462
bb)	Incumplimiento de modo.....	463
IV.	Reserva de revocación	464
V.	Dispensas urbanísticas	466

CAPITULO 18:

SUBVENCIÓN

I.	Acto de subvención y cláusulas accesorias .	467
II.	Admisibilidad de cláusulas accesorias en la subvención	470
A)	Subvenciones regladas	470
B)	Subvenciones discrecionales	472
III	Descripción y calificación del clausulado de la subvención	474
A)	Cláusulas "iuris" y cláusulas accesorias	474
B)	Tipología de cláusulas accesorias	476
	a) ¿Cargas de la subvención?	476
	b) Condición	479
	c) Modo	481
IV.	Consecuencias del incumplimiento de los gravámenes de la subvención	483
A)	Extinción de la subvención y devolución de los beneficios abonados	483
	a) Regulación en normas especiales ...	484
	b) Regulación del art. 81.9 LGP	486
B)	Sanción administrativa por incumplimiento de las obligaciones del subvencionado	491

CAPITULO 19:
CONCESIÓN DE DOMINIO PUBLICO.

I.	Cláusulas accesorias, cláusulas "iuris" y "delimitaciones del derecho".....	495
A)	Cláusulas "iuris" y cláusulas accesorias	495
B)	Delimitaciones del derecho y cláusulas accesorias	497
II.	Admisibilidad de las cláusulas accesorias .	499
III	Tipos de cláusulas accesorias	504
A)	Condición	504
B)	Modo	507
a)	Modo de protección de intereses generales	508
b)	Modo de protección de terceros	509
c)	Modo de compensación	510
d)	Modo de reversión	512
e)	Modo de exoneración de responsabilidad	514
f)	Canon	514
g)	Modo de gestión de la concesión ...	518
h)	Modos a la extinción de la concesión	518
C)	Consecuencias jurídicas del incumplimiento de una condición (resolutoria potestativa) y un modo	518
D)	Término	525
E)	Reserva de revocación	527

CUARTA PARTE: PROCEDIMIENTO Y PROCESO.

CAPITULO 20:

PROCEDIMIENTO DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ACCESORIAS.

I.	Propuesta de cláusulas accesorias por el propio particular	533
II.	Fijación unilateral de cláusulas por la Administración	535
III	Mejora o subsanación de la solicitud	539
IV.	Cláusulas accesorias pactadas entre Administración y particular	540
A)	Acto, convenio y cláusulas accesorias .	540
B)	Tipos de convenios	544
C)	Límites al pacto de cláusulas accesorias	547
a)	Conformidad material con el Ordenamiento	548
b)	Conformidad formal con el Ordenamiento	550
c)	Prohibición en materias no susceptibles de transacción	551
d)	Sólo para la satisfacción del interés público encomendado	552
V.	Cláusulas accesorias propuestas o impuestas por otros órganos administrativos	553
A)	Instrucciones y órdenes de servicio ...	553
B)	Cláusulas accesorias para el ejercicio de la tutela administrativa	553
a)	Licencia municipal de apertura de instalaciones clasificadas	554
b)	Licencia municipal de apertura de espectáculos	555

C)	Cláusulas accesorias para la coordinación de competencias concurrentes	556
a)	Ejercicio de competencias concurrentes mediante "conditiones iuris".....	556
b)	Ejercicio de competencias concurrentes mediante cláusulas accesorias	557
aa)	Planteamiento en Derecho español	557
bb)	Planteamiento en Derecho alemán	561
VI.	Cláusulas accesorias propuestas por tercero	563
A)	Propuesta de cláusulas accesorias	563
B)	¿Qué eficacia tiene la cláusula de protección propuesta por tercero?	566
a)	Situaciones de derecho o de interés legítimo	566
b)	Comparación con el interés y el derecho subjetivo en el Ordenamiento alemán	568
c)	Conclusión para la propuestas de inclusión de modos de protección ..	572
C)	Cláusulas pactadas entre beneficiario del acto y tercero	578
VII	Inclusión de cláusulas accesorias por silencio positivo	580

CAPITULO 21:

PROCESO Y CLÁUSULAS ACCESORIAS.

I.	¿Impugnación o revisión independiente de cláusulas accesorias?	585
II.	Revisión independiente de cláusulas accesorias	586
III	¿Impugnación o revisión independiente de modos?	591
	A) Impugnación independiente del modo ...	591
	B) Anulación independiente del modo	594
IV.	Pretensión de imposición de otras cláusulas por tercero	595
V.	¿Suspensión independiente de una cláusula?	596
	A) Suspensión del modo como acto independiente	597
	B) Suspensión de una cláusula de un acto impugnado como unidad	598
	CONCLUSIONES	601
	BIBLIOGRAFIA	607

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

I. Lo propio del acto administrativo, de cada acto administrativo, es la concreción. Esta idea está presente en las codificaciones administrativas europeas, allí donde las hay. Determinar una situación jurídica concreta es lo que caracteriza al acto administrativo en las leyes de procedimiento administrativo de Alemania (art.35 VwVfG 1976, y preceptos concordantes de las Leyes de procedimiento de los Länder), de Portugal (art. 120 CPAP 1991), y también de España (Titulo V, Cap.II LRJAP 1992). En este sentido, creo que una definición correcta del acto administrativo es la que entre nosotros ha propuesto GALLEGO ANABITARTE: "El acto administrativo es la resolución (medida, decisión) unilateral de un sujeto en el ejercicio de poder público para un caso concreto"¹.

II. A la resolución del caso concreto se llega en dos fases. Primero, cuando la norma dispone, de forma abstracta, consecuencias jurídicas para un número indeterminado de supuestos. Segundo, cuando cada acto administrativo determina el régimen jurídico de cada caso concreto. Estas dos fases en la creación del Derecho, abstracta y concreta², tienen su reflejo en el contenido de cada acto administrativo. Cada resolución contiene cláusulas "iuris" o legales, esto es, decisión de la norma, y cláusulas accesorias: decisión de la Administración para el caso concreto. Resulta entonces que lo verdaderamente concreto, lo propio de cada acto

¹ GALLEGO ANABITARTE, A./DE MARCOS, A.: Derecho Administrativo I, Madrid 1989 (hay reimpresiones revisadas posteriores), p.310

² SCHOLZ, Verwaltungsverantwortung und Gerichtbarkeit, VVDStRL 34 (1976), pp.161 y ss.

administrativo, son sus cláusulas accesorias. En este estudio, accesoriedad significa decisión, valoración o ponderación administrativa en el caso concreto. Accesoriedad no es, por tanto, decidir más allá de la las normas, sino en el marco que ellas establecen. Porque en la función administrativa no hay decisión fuera de la ley, sino precisamente dentro de ella. Claro es que la norma puede dejar más o menos margen de concreción o decisión administrativa, desde la integración de conceptos normativos indeterminados hasta la decisión discrecional. Pero en todo caso hay aplicación de norma, creación de Derecho en el caso concreto.

III. He dicho que la cláusula accesoria es lo concreto, lo peculiar de cada acto administrativo. Esta idea debe marcar el método de investigación. Hay que empezar por ver cuáles son las cláusulas accesorias que se encuentran en la práctica administrativa, en las sentencias y en las leyes. Luego hay que calificarlas, reconducir la variedad a tipos de cláusulas. Y por último hay que determinar el régimen jurídico de cada cláusula accesoria típica. Este es el método que aplicó KORMANN en el primer estudio sistemático de las cláusulas accesorias³. Todas estas fases de la investigación se van a encontrar reflejadas en el texto de la Tesis. Aunque no en ese orden. Pienso que la exposición será más clara si comienzo definiendo tipos ideales de cláusulas accesorias. La parte más práctica del estudio -aunque metodológicamente sea la primera- se trata entonces en tercer lugar; consiste en la identificación de cláusulas accesorias en varios tipos de actos administrativos, los cuatro que me sugirió el Prof. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: licencia de apertura, licencia de edificación, subvención y concesión de dominio público. Como se ve, el estudio se ha limitado a los actos

³ KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlín 1910 (reimpresión 1962), Prólogo, p.VI.

administrativos favorables. Existen también actos de gravamen con cláusulas accesorias⁴ (por ejemplo, la resolución de incorporación a filas condicionada o con término), pero son supuestos menores, en los que no se pueden identificar cláusulas gravosas (condición potestativa, modo) y que, en suma no justifican un estudio específico.

IV. Las cláusulas accesorias se estudian de forma típica: condición, término, modo, reserva de revocación, reserva de modificación y reserva de decisión. Esta tipología de cláusulas accesorias -excepto las reservas- arranca de la tradición civil: desde el Derecho romano clásico hasta el Derecho de pandectas, pasando por el Derecho común. Partir de estos conceptos es una exigencia de método. Pero con eso no es suficiente. Pues como ha dicho DE CASTRO, "...los conceptos y las construcciones teóricas no tienen valor 'a priori' y se justifican por su utilidad"⁵. La tipificación de cláusulas accesorias que propongo sirve a tres fines: 1) Seguridad jurídica del particular: éste puede saber qué significa cada cláusula de "su" acto administrativo, y qué le puede ocurrir en caso de incumplimiento; 2) Proporcionalidad en la actuación administrativa: la exigencia de ponderación administrativa en el caso concreto (proporcionalidad) se facilita mediante una escala de cláusulas accesorias típicas, graduadas según la intensidad del gravamen que contienen; 3) Eficacia de la Administración: el uso de un "lenguaje común" de cláusulas accesorias facilita la colaboración entre órganos administrativos y la celeridad en la resolución de expedientes. Creo, entonces, que la utilización de tipos de cláusulas accesorias se justifica por su utilidad. Pero su mantenimiento a ultranza sería una deformación doctrinaria.

⁴ Cfr. OBERMAYER, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2.Ed., Darmstadt, 1990, p. 585 y SCHACHEL, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Berlín, 1978, p.86

⁵ DE CASTRO, F.: El negocio jurídico, Madrid, 1985, párr.22.

No creo que la labor del jurista en nuestro tiempo sea buscar normas de Derecho en los conceptos e instituciones. Es por ello que utilizo los conceptos como instrumento de investigación: como ciencia, no como norma. El Profesor GALLEGO ANABITARTE, me ha enseñado la preocupación por el método en Derecho, pero también me ha mostrado el "reverso tenebroso" de los conceptos jurídicos: el formalismo inhumano (La "infrapersona", Untermensch, como concepto jurídico en el nazismo) y la indiferencia axiológica. Por eso, tomo los tipos de cláusulas accesorias de la tradición jurídica continental. Pero las modulo siempre que sea necesario. De esta forma, a todo tipo ideal de cláusula accesoria le exijo dos requisitos mínimos, para ser aceptado en Derecho administrativo: que no contradiga la ley; y que sus efectos sean proporcionados. Este es el filtro que pongo entre la Ciencia del Derecho y el Derecho.

V. La formulación típica de las cláusulas accesorias es el punto de partida para el análisis de su admisibilidad en el caso concreto. Pues hay cláusulas más o menos gravosas, y más o menos adecuadas a cada tipo de materia o acto administrativo. La cuestión no es, por tanto, cláusulas accesorias sí, cláusulas accesorias no, sino qué tipo de cláusula accesoria es admisible en cada caso concreto.

Cada cláusula accesoria, en tanto actuación administrativa, está sometida a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico. Sometimiento a la Constitución significa, en primer lugar, vinculación por los principios normativos del Estado de Derecho: legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, sometimiento a los derechos fundamentales. Se me podría objetar que esta descripción del Estado de Derecho es un "fetiche", un conceptualismo formalista y pre-normativo. O sea, la jurisprudencia de conceptos que antes quise anatemizar. Pero resulta que los principios que forman parte del Estado de Derecho no son conceptos herméticos, sino más bien porosos:

la proporcionalidad no es un concepto con contenido inmutable, sino un instrumento de ponderación; y lo mismo se puede decir del principio de seguridad jurídica. Esta reflexión me permite aplicar el Estado de Derecho sin miedo al frío de los conceptos formales. Porque una aplicación armónica de los principios del Estado de Derecho permite, precisamente, una solución justa a cada caso concreto⁶.

VI. Toda cláusula accesoria debe ser analizada, en primer lugar, aplicando el principio de legalidad, sea primacía de la ley, sea reserva de Ley. Ya he dicho que el concepto de cláusula accesoria se define por el margen de decisión, ponderación o valoración que las normas conceden a la Administración en el caso concreto. Entonces, una cláusula accesoria puede ser legal o ilegal, pero nada más. La cláusula accesoria no es, como se ha dicho siguiendo el modelo del negocio jurídico civil⁷, un "más" o un "menos" respecto de los "efectos normales del acto", sino un ejercicio legal o viciado del margen de decisión administrativa. Ese espacio de decisión administrativa es estrecho cuando se trata de un acto reglado. Pero no inexistente. Por eso, el concepto de cláusula accesoria es compatible con el de acto reglado. El acto discrecional es más permeable a las cláusulas accesorias, aunque también tiene límites concretos, los que se derivan del fin de la norma y de la competencia de cada órgano administrativo. Más allá de las leyes, la Constitución rige también cada "actuación administrativa", sea ésta concreción de conceptos normativos indeterminados o facultad discrecional (vinculada). Por eso, la cláusula accesoria debe ser conforme, en el caso concreto, con los derechos fundamentales

⁶ HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 18.Ed., Heidelberg, 1991, párrafos 317-318

⁷ LUCIFREDI, L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali, Genova, 1951 (reimpresión, 1963), p.185

(así, derecho a la igualdad, derecho de propiedad y libertad de empresa), con el principio de proporcionalidad y con el de seguridad jurídica.

VII. Toda cuestión referida al acto administrativo tiene siempre una dimensión procedimental y procesal. También el tema que nos ocupa. Las cláusulas accesorias son reflejo de los distintos intereses, públicos y privados, que concurren en cada acto administrativo. Están, en primer lugar, el interés de quien solicita el acto frente al interés público que gestiona cada órgano administrativo; en este caso, la cláusula accesoria expresa la tensión entre lo pedido y lo otorgado. También concurre en el acto concreto el interés público que gestiona otro órgano administrativo, de la misma o de distinta Organización; la defensa de este segundo interés público se puede concretar en la inclusión de una cláusula accesoria. Y por último también está el interés de tercero, interesado en la inclusión de una determinada cláusula accesoria, en su favor.

La dimensión procesal de las cláusulas accesorias es una cuestión permanentemente abierta en la jurisprudencia y doctrina alemanas. Tanto que ha llegado a ser uno del grandes temas del procedimiento administrativo alemán. Me contaba un compañero, Ayudante en la Universidad de Erlangen (Baviera), que la impugnabilidad independiente del modo fue una duda constante y casi obsesiva del Prof. OBERMAYER, verdadero ingeniero del procedimiento administrativo alemán. En el contencioso-administrativo español la cuestión presenta menor complejidad, debido a la parca tipología de recursos de la LJCA. Pero no por ello la cuestión procesal deja de tener interés. El problema de fondo es relativamente sencillo: en el procedimiento de elaboración de un acto el solicitante acepta casi cualquier cláusula, a fin de obtener lo pedido; pero cuando ya es titular del acto, entonces pretende la anulación de aquélla cláusula con la que, en el fondo, nunca estuvo de acuerdo. La solución a estos caso es compleja, por

la concurrencia de principios de Derecho material (legalidad, separación de poderes) y Derecho procesal (congruencia, tutela judicial efectiva) con efectos contradictorios.

CAPITULO 1:

TEORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y CLAUSULAS ACCESORIAS.

I. Planteamiento.

Desde los orígenes del Estado moderno hay Derecho Público¹. Y desde entonces existe el acto administrativo².

¹ GALLEGO ANABITARTE, Administración y jueces: gubernativo y contencioso, IEA, Madrid, 1971, p.96; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, pp.28-29

² En contra, GARCIA OVIEDO, Derecho Administrativo I, 6a Ed, Madrid, 1957, p.202; GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, vol.I, 10.Ed., Madrid, 1987, p.371; GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo I, 4. Ed. Madrid, 1984, p.501; y GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos administrativos, Madrid, 1986, pp.47-48, para quienes la idea "jurídica" de acto administrativo surge de la revolución francesa y la separación de poderes. BETANCOR (El acto ejecutivo, CEC, Madrid, 1992) sigue esta línea, reconociendo sólo que "el acto administrativo ya existía en el Derecho positivo, aunque en estado críptico" (p.41), lo cual contrasta con su exposición posterior, que muestra un alto grado de precisión técnico-jurídica en el Antiguo Régimen, por lo menos en las Audiencias y Consejo Real del siglo XVIII (p.70 -nota 80-, p.73 -nota 84-). En mi opinión, que el acto administrativo del Antiguo Régimen también era "jurídico" lo demuestra el que su régimen era, en lo esencial, el mismo que el del acto administrativo posrevolucionario (vid. GALLEGO ANABITARTE, Administración..., p.91). La aplicación de "providencias generales" mediante "providencias particulares" era una tarea diaria de los Oficiales y Tribunales Reales: GALLEGO ANABITARTE, Ley y Reglamento en el Derecho público occidental, IEA, Madrid, 1971, p.190 (nota 46); vid. esta práctica administrativa en ESCOLANO DE ARRIETA, Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos: con distinción de los que pertenecen al Consejo Pleno, o a cada sala en particular: y las fórmulas de las cédulas, provisiones, y certificaciones respectivas, Madrid, 1796 -Obra póstuma-, Tomo I, pp.147,553,578. Vid. también HERBELLA DE PUGA, Derecho practico y estilos de la Real Audiencia de Galicia, Santiago 1768, pp.193,195,219, que transcribe fórmulas de "provisiones ordinarias" (providencias administrativas que se despachan por simple aplicación de una providencia general). Si a ello unimos la posibilidad del agraviado de recurrir o apelar, por vía providencial

También desde los jurisconsultos romanos se conocen las condiciones, los términos y los modos³. Así se recoge en nuestra primera codificación, Las Partidas⁴, y se mantiene en nuestros juristas-teólogos del Siglo XVI⁵. Sin embargo, el tratamiento dogmático de las cláusulas accesorias del acto administrativo es relativamente reciente. Está vinculado a un determinado estadio histórico en la doctrina del acto administrativo: la asunción de la teoría del negocio jurídico en Derecho público. No es que el concepto de "cláusulas accesorias" sea nuevo en Derecho, pues la distinción entre elementos esenciales, naturales y accidentales del acto jurídico se encuentra ya en tratadistas del siglo XVI⁶. Lo que ocurre es que esta distinción de los jurisconsultos está referida al contrato y quizá por ello no se traslada al acto

(gubernativa) o contenciosa (GALLEGO ANABITARTE, Administración..., passim; NIETO, Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo, INAP, Madrid, 1986, p.93), entonces no se puede afirmar que aquéllos actos, providencias, no eran "jurídicos".

³ ALVAREZ SUAREZ, El negocio jurídico en Derecho romano, Madrid, 1954, pp.17-38; FUENTESECA, Derecho privado romano, Madrid, 1978, pp.34 a 36, aunque de la condición sólo se conoce su forma suspensiva (FUENTESECA, Ob.cit., p.34)

⁴ En relación con la condición: Ley 12, Tit.2, Part.5; ley 1, Tit.4, Part.6; ley 2, Tit.4, Part.6; Condición casual: ley 14, Tit.2, Part.5; Ley 8, Tit.4, Part.6; Condición imposible: Leyes 3,4 y 5, Tit.4, Part.6; leyes 12 y 17, Tit.2, Part.5; condiciones mixtas: Leyes 12 y 14, Tit.2, Part.5; leyes 9 y 14, Tit.4, Part.6; ley 22, Tit.19, Part.6; condición potestativa: Leyes 12,14 y 17, Tit.2, Part.5; leyes 7 y 14 Tit.4, Part.6; ley 22, Tit.9, Part.6; en relación con el modo (legado modal): ley 21, Tit.9, Part.6; leyes 3,4 y 5, Tit.4, Part.6.

⁵ Así, LUIS DE MOLINA, Los seis libros de la justicia y el Derecho (traducción de Fraga Iribarne, Madrid, 1953: Tomo II, vol.I): Donación a término (Disputación CCLXXXIV, pp.524-530); donación condicionada (Disputación CCLXXXV, pp.531-539); donación modal (Disputación CCLXXXVI, pp.541-543)

⁶ CASTAN, Derecho civil español, común y foral, T.I, Vol.2, Madrid, 1955, p. 522, nota 1.

unilateral de "imperium". Lo cierto es que el paso de la doctrina de las "cláusulas accesorias" al acto administrativo no se hace directamente sino por mediación del artificio teórico del negocio jurídico.

II. El Negocio jurídico en Derecho público.

A) El negocio jurídico, creación original de la Pandectística.

Sobre el Derecho romano⁷ inicia VON SAVIGNY una creación conceptual original, un "cielo de conceptos"⁸ que se eleva sobre el casuismo de la jurisprudencia romana. Queda ahora acuñado el concepto de declaración de voluntad (Willenserklärung), o negocio jurídico (Rechtsgeschäft), que se define: "Aquellos hechos jurídicos...que no sólo son actos libres, sino que en ellos además la voluntad del actor está dirigida a la creación o extinción de una relación jurídica"⁹. A partir de la declaración de voluntad elabora la Pandectística la teoría del negocio jurídico¹⁰, positivado

⁷ Formalmente vigente en Alemania hasta la desaparición del Sacro Imperio Romano Germánico, en 1806.

⁸ Como criticara VON IHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, 247 y ss.

⁹ VON SAVIGNY, System des heutigen römischen Rechts, vol III, Berlin, 1840, (2. Reimpresión, 1981), p. 99. En un estudio reciente -aunque con escasa documentación- (ROUHETTE, La doctrine de l'acte juridique, sur quelques matériaux récents, en "Droits", n. 7, Paris, 1988, p. 31) se indaga sobre un concepto de acto jurídico anterior a VON SAVIGNY, y se encuentra en Daniel NETTELBLADT (1749) y más remotamente en Jean BODIN.

¹⁰ WINDSCHEID: "El negocio jurídico es la declaración de voluntad privada con un contenido tal que crea, extingue o modifica un derecho" (Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Ed. Düsseldorf, 1870, p. 158). En la primera edición de su obra hablaba WINDSCHEID de "declaración de voluntad de persona

privada", con la modificación de la definición (en la 3.Edición) pretendía incluir también al Estado cuando defiende sus intereses en declaraciones internacionales (p.159, nota 1). Se discute en la doctrina si "declaración de voluntad" y "negocio jurídico" son sinónimos, precisión ésta que puede tener importancia para la dogmática del acto administrativo. La sinonimia la afirman MUGDAN (Die gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vol.I, 1899, p.421) y FLUME (Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts:Das Rechtsgeschäft, 3.Ed., Berlin, 1899 [Reimpresión Aalen, 1979], Párr.5.6). En cambio, para BETTI (Teoría general del negocio jurídico, 2.Ed., traducción de Martín Pérez, Madrid, 1959, p.119) el negocio jurídico es un tipo especial de declaración de voluntad. En la misma línea afirma DE CASTRO la distinción conceptual: el negocio jurídico sería la calificación normativa de determinadas declaraciones de voluntad, no de todas (El negocio..., cit., parr.20); en el contrato se daría sólo un negocio jurídico, pero dos declaraciones de voluntad (párr.26); Vid. también la distinción en CASTAN (Derecho civil...cit.,p.501). Otros argumentos da LARENZ (Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Ed., München, 1989, p.317) para diferenciar declaración de voluntad y negocio jurídico, con posible aplicación a la teoría del acto administrativo: el autor distingue dos tipos de negocios jurídicos: declaración de voluntad (Willenserklärung), que se emite siempre hacia otros sujetos, y actividad volitiva (Willensbetätigung), que no se emite hacia los demás (ejemplo, el abandono de una cosa). La distinción civil entre negocio jurídico y declaración de voluntad puede tener utilidad en la teoría del acto administrativo. En este sentido, GARRIDO FALLA (El negocio jurídico del particular en el Derecho administrativo, RAP 1 [1950], p.123) ha calificado el acto administrativo como negocio jurídico, frente a la solicitud del particular que sólo sería declaración de voluntad. La distinción negocio jurídico-declaración de voluntad también puede tener importancia para el tratamiento de los actos administrativos que no están dirigidos a regular la situación jurídica de un sujeto, sino de una cosa (ejemplo: declaración de monumento histórico artístico), cuestionados como verdaderos actos administrativos en la doctrina alemana (MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Ed. München, 1988, Cap.9, párr.57) y aceptados por GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS (Derecho Administrativo I, cit., p.310); tomando la distinción de LARENZ, arriba expuesta, estos actos serían un concepto dentro de la categoría acto administrativo. Por último negar la sinonimia entre negocio jurídico y declaración de voluntad también serviría para deslindar la norma del acto administrativo, pues según KORMANN (Ob.cit.,p.20) la norma jurídica es declaración de voluntad, pero no negocio jurídico.

en la codificación civil alemana de 18 de agosto de 1896 (BGB)¹¹.

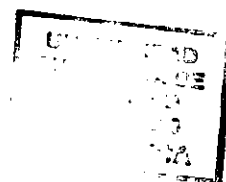
Partiendo de la labor pandectística y de su desarrollo posterior, identificamos las siguientes notas que caracterizarían al negocio jurídico: a) Su fundamento es la autonomía de la voluntad. b) Su fin es la satisfacción de un propósito práctico¹², la autorregulación de intereses¹³. c) Su efecto jurídico es la creación, extinción o modificación de relaciones amparadas por el Derecho. Esta caracterización del negocio jurídico servirá para luego analizar el acto administrativo.

Lo cierto es que en España no fue inmediatamente tomado este nuevo supraconcepto procedente del Derecho alemán. SANCHEZ ROMAN no ve en él nada de novedoso. Serán VALVERDE y luego CASTAN quienes definitivamente lo incorporen a nuestro

¹¹ En realidad, poco de nuevo aportaba el concepto de negocio jurídico, salvo abstracción, y luego proyección, en proceso deductivo, de consecuencias jurídicas sobre actos escasamente regulados. Su significado era metodológico más que práctico; más teórico que empírico. Inagura una forma de pensar, como superación histórica de la glosa y del método de las "Disputationes", que renuncian a la búsqueda de categorías jurídicas más allá de la realidad. Y no sólo esto. El negocio jurídico es además ideología. Es la expresión jurídica del conservadurismo e individualismo, pretendidamente dominante en la sociedad alemana de mitad del siglo XIX. Es el triunfo de la voluntad contra la ley, del Corpus Iuris Civilis frente al Código Napoleón. Véase una explicación ideológica de la obra de SAVIGNY en HATTENHAUER, Los fundamentos histórico-idológicos del Derecho alemán. Entre la jerarquía y la democracia (traducción de Izquierdo Macías-Picavea), Madrid, 1981, pp.96 y ss. y en ROHUETTE, Ob.cit., p.32. Una crítica histórica al concepto de negocio jurídico en DE CASTRO, El negocio..., cit., párr.20

¹² DE CASTRO, El negocio..., cit., párr.27, p.29

¹³ BETTI, Teoria..., cit. p.119; MORALES, El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro, ADC, 1983, p.1530



Derecho Privado¹⁴. Hoy se cuestiona la utilidad del concepto de negocio jurídico en Derecho español, por no responder al esquema del Código civil, que eleva las reglas del contrato y las obligaciones a régimen general de todos los actos jurídicos civiles¹⁵

Y resulta que con la adopción de la dogmática del negocio jurídico también se acogen sus cláusulas accesorias. SAVIGNY se había referido a la condición, término y modo como "restricciones de la declaración de voluntad"¹⁶. En la doctrina se habla a menudo de "determinaciones accesorias de la voluntad"¹⁷ o de "elementos accidentales del negocio jurídico"¹⁸.

¹⁴ DE CASTRO, El negocio..., cit., párr.19, p.54

¹⁵ DE CASTRO, El negocio..., cit., párr.21; DIEZ PICAZO/GULLON, Sistema de Derecho civil, vol.I, 5. Ed. Madrid, 1984, p.482

¹⁶ VON SAVIGNY, System...vol.III, cit., p.120: "La extensión de la voluntad se puede modificar mediante restricciones que ella misma se da. Estas posibles autolimitaciones son: condición, tiempo, modo". Para WINDSCHEID (Lehrbuch..., cit., p.211) las "autolimitaciones de la eficacia del negocio jurídico" son condición, término y "presupuestos" (Voraussetzungen).

¹⁷ DIEZ-PICAZO/GULLON (Sistema...II, cit., p. 135) critican esta expresión, pues, dicen, las "determinaciones accesorias" no son verdaderamente tales, sino la voluntad misma, excepto en el caso del modo. La accesoriedad no sería secundariedad, pues a través de las cláusulas también se da la regulación de intereses de las partes.

¹⁸ ALBADALEJO, El negocio jurídico, Barcelona, 1958

B) De la Pandectística a la dogmática jurídico-pública¹⁹.

El brillo de la Escuela histórica del Derecho no se limitó a iluminar el Derecho privado, deslumbró también el Derecho Público. El sistema conceptual de la Pandectística desbordó el casuismo de la compilación de Derecho Público de Prusia (*Allgemeines Landsrecht*, 1794)²⁰. En tal situación, no es de extrañar la admiración -no siempre confesada- de la doctrina jurídico-pública por la labor científica de la Escuela Histórica y su colofón pandectístico²¹. Toma cuerpo la idea teórica de una "Parte General del Derecho"²². En este contexto histórico-dogmático hay que situar la personificación del Estado, la negocialización del acto administrativo y la teoría de las relaciones jurídico públicas. La dogmática jurídico-pública de finales del siglo XIX y principios del XX modula con el adjetivo "público" los conceptos, categorías e instituciones que forman ya parte de la dogmática jurídico-privada. Y ello, aunque los propios

¹⁹ En España, la explicación histórico-dogmática de la negocialización del acto administrativo es obra de GALLEGO ANABITARTE (Derecho Administrativo I, cit., pp.314-320). La exposición que sigue se ha realizado básicamente a partir de los materiales y los postulados del referido autor. Cfr. también SANTAMARIA, La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, IEA, Madrid, 1972, p.223

²⁰ MITTEIS/LIEBRICH, Deutsche Rechtsgeschichte, 18. Ed., München, 1988, p.21

²¹ KRAUSE, Die Willenserklärung des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, VerwA. n.61 (1970), p.301. Aunque, propiamente, no hay aún distinción personal entre la doctrina jurídico privada y la jurídico pública (RÜPING, Verwaltungswille und Verwaltungsakt (tesis doctoral multicopiada), Bonn, 1986, p.1); Otto MAYER fue profesor de Derecho civil francés; y su tesis doctoral (Erlangen, 1869) fue de Derecho civil: "Die justa causa bei Tradition und Usukapion" (Cfr. KLEINHEYER/SCHRÖDER, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Ed., Heidelberg 1989, p.178)

²² KRAUSE, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin, 1974, p.15

arquitectos del Derecho Público negaran esta procedencia de sus materiales²³.

Así llega el supraconcepto de negocio jurídico al Derecho Público²⁴. Inicialmente lo introduce Otto MAYER²⁵ y es aceptado por LABAND²⁶, mas la construcción teórica decisiva es obra de KORMANN²⁷, quien negocionaliza la actuación decisoria del Estado²⁸, excluyendo tan sólo las normas

²³ Significativamente, Otto MAYER: " Trátase, ahora, de circunscribir el derecho civil a sus límites naturales y de quitarle una cantidad de instituciones jurídicas de la que se había apoderado, en su perjuicio y también en perjuicio de esas instituciones, porque ellas no pueden ser bien comprendidas sino ubicadas en la esfera del derecho público". Y aún: " Nos acercaremos a la verdad, pues, descartando completamente el derecho civil en estas instituciones y llenándolas con la idea del poder público": Deutsches Verwaltungsrecht, Tomo I (Traducción directa del original francés, París 1903, por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin) Buenos Aires, 1949. p. 181.

²⁴ VON THUR, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. vol.II-1. Halle, 1914, p.147

²⁵ Vid. los artículos que citan GALLEGO ANBITARTE/DE MARCOS en su reconstrucción histórica de la negocionalización del acto administrativo (Derecho Administrativo I, cit., p.314). Ahora bien, es el propio Otto MAYER quien dice que calificar al acto administrativo como negocio jurídico no tiene demasiada importancia (Deutsches Verwaltungsrecht, Tomo I, 3.Ed, 1924, p.101)

²⁶ LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches II, 5.Ed., Tübingen 1911 (Reimpresión, 1964) pp.188, 191 y 195, aunque sólo para un determinado tipo de actos, las disposiciones - Verfügungen-, pero no en relación con las resoluciones donde sólo hay subsunción de la situación fáctica en el supuesto de hecho de la norma (Entscheidungen, -p.188-)... Vid. la recepción del concepto de negocio jurídico en el resto de la doctrina administrativa alemana, en RÜPING, Ob.cit., p.1, nota 2.

²⁷ KORMANN, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin, 1910. Reimpresión 1963.

²⁸ Los datos biográficos del autor explican su tesis. Karl KORMANN es un civilista deslumbrado, dice él, por Otto MAYER, su maestro. En el prólogo de su Sistema anuncia ya su método:

jurídicas (Rechtsetzung), que aunque son declaraciones de voluntad no son negocio jurídico²⁹. KORMANN habla de "negocio jurídico-público" (publizistisches Rechtsgeschäft), al que define como correspondiente jurídico-público del negocio jurídico del BGB³⁰, y en este concepto incluye tanto declaraciones de voluntad del Estado como de los particulares en el ámbito del Derecho Público (solicitud, interposición de un recurso)³¹. Dentro de los actos negociales del Estado se comprenden tanto los "actos administrativos en sentido propio" como las sentencias de los Tribunales³². La obra de KORMANN es capital en este estudio, pues son sus planteamientos teóricos los que han perdurado en la doctrina alemana³³, los que, al menos parcialmente, han sido asumidos

dar soluciones a los problemas del Derecho público desde la Dogmática jurídico privada.

²⁹ KORMANN, Ob.cit., p.19

³⁰ KORMANN, Ob.cit., p.18

³¹ KORMANN, Ob.cit., p.21

³² Por ello, justifica el propio KORMANN (Ob.cit., p.27), en el título de su obra se refiere a "actos del Estado" (Staatsakte), en lugar de a "actos administrativos" (Verwaltungsakte)

³³ Vid. WOLFF/BACHOF, Verwaltungsrecht I, 9.Ed., München, 1974, párr. 36 II b 2; ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Ed., Berlin 1992, Cap.11, párr.22. En cambio, hay que calificar como no negocialista la obra de RÜPING (Vid. Ob.cit. pp. 20-21 (De acuerdo: ERICHSEN, Allgemeines...cit., Cap.11, párr.22, nota 69-) pues la autora habla de "Handlungswille" -voluntad de actuar-, pero ésta no es la voluntad de crear una relación jurídica, voluntad negocial, sino la voluntad de cumplir con lo que manda la norma (pp.20-21). En general, después de la codificación administrativa de 1976 (VwVfG) apenas si se hace mención a la negocialidad del acto administrativo, bien porque se acepta sin discusión, como herencia histórica (Así: KRAUSE, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin, 1974, pp.,91-92 y nota 211; MAURER, Allgemeines Verwaltungsrechts, 6. Ed. München, 1988, Cap.9. párr.6), bien porque el acto administrativo se enfoca desde las garantías del particular frente a la Administración, prescindiendo de la elaboración

en la doctrina italiana³⁴ y los que, por vía alemana o italiana, encontramos también en parte de nuestra doctrina³⁵.

Aunque en España no se puede afirmar sin más la adopción del acto administrativo-negocio jurídico, en su formulación germánica. Y ello debido a la influencia de la doctrina francesa e italiana. En el "acte administratif" o "décision exécutoire" se da también la idea de declaración de voluntad, propia de todo "acte juridique", aunque sin conexión directa con una teoría del "negocio jurídico"³⁶ (que tampoco se había asumido en Derecho privado francés³⁷). Pero el concepto de "acte administratif" sigue en gran medida apegado a la idea de "actos de la administración", englobando así tanto el acto

histórico-dogmática del acto administrativo (KOPP, VwVfG, 4.Ed., München, 1986, art.35, párrafos 1 a 7). A esta falta de interés dogmática da pie el propio texto del art.35 VwVfG que se limita a decir que el acto "está dirigido" a regular un supuesto concreto, sin mencionar para nada la voluntad (RÜPING, Ob.cit., p.21).

³⁴ Así LUCIFREDI, (Ob.cit., p.7) quien utiliza el negocio jurídico como base de una teoría general del acto jurídico, válido para Derecho privado y público. Vid. la recepción en Italia, desde 1904, en GARRIDO FALLA Tratado de Derecho Administrativo, vol.I, 10.Ed., Madrid, 1987, p.396 y El negocio jurídico del particular en el Derecho administrativo, RAP 1 (1950), p.118

³⁵ En este sentido, FERNANDEZ DE VELASCO, El acto administrativo, Madrid, 1929, p.127. Ciertamente es que este autor en su definición del acto administrativo habla de "declaración jurídica", no de "declaración de voluntad" (p.15), pero luego expresamente califica al acto administrativo como negocio jurídico (p.127), y por cierto que critica el concepto amplio de "declaración de voluntad de la Administración" de HAURIOU. Vid. también GASCON Y MARIN, Derecho Administrativo, Tomo I, 7a Ed., Madrid 1941, p.206

³⁶ GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.85; GARRIDO FALLA, Tratado...I, cit., p.396, nota 33

³⁷ DE CASTRO, El negocio...cit., párr.18

concreto y singular como la norma jurídica³⁸. La doctrina italiana aporta un concepto de "atto amministrativo" que incluye las declaraciones de voluntad junto a las de juicio, conocimiento y deseo³⁹. El sincretismo entre la formulación

³⁸ CHAPUS (Droit administratif général, T.1, 4 Ed., Paris, 1988) define la "décision" (un tipo de acto unilateral de la Administración) como "manifestación de voluntad de su autor..." (p.330) y dentro de este concepto general de decisión distingue la individual de la reglamentaria (p.346), pero ambas son declaraciones de voluntad. El mismo esquema en DEVOLVÉ (L'acte administratif, Paris, 1983), que también define el acto administrativo como manifestación de voluntad (párr.7), y luego distingue entre declaraciones reglamentarias (párr.245) y no reglamentarias (párrafos 250-253). Una asimilación extrema del acto administrativo al acto jurídico privado en PY, Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, Paris, 1976, p.36. Vemos con estos datos que el concepto de declaración de voluntad jurídico-pública (y por tanto, de acto administrativo) en la doctrina francesa nada tiene que ver con el concepto de declaración de voluntad estatal (y por tanto también de acto administrativo) de KORMANN, expuesto supra; la excepción es STASSINOPOULOS (Traité des actes administratifs, Atenas, 1954, p.37) que expresa un concepto restringido y negocial del acto administrativo, lo cual es explicable porque sus fuentes son más alemanas que francesas. Con estos datos se explica que G.JELLINEK (Teoría General del Estado, traducción al español de la 2.Ed. alemana, Por Fernando de los Ríos, Buenos Aires, 1981, p.463, nota 2) rebatiera la afirmación de OTTO MAYER de que el acto administrativo es una elaboración de origen francés, criticando precisamente la amplitud del concepto francés, no concorde con la tradición jurídica alemana (vid. también SANTAMARIA, La nulidad..., cit., pp.225-226). En nuestro Derecho, la formulación de origen francés creo que se puede ver reflejada en BOQUERA (Estudios sobre el acto administrativo, 5.Ed., Madrid, 1988), quien se refiere al "acto jurídico" como declaración de voluntad (pp.18-19) pero incluyendo en el concepto de acto administrativo las disposiciones de carácter general (p.34).

³⁹ RANELLETI, Teoria degli atti amministrativi speciali, 7.Ed, Milán, 1945, pp.1-3; ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, vol.I, 5.Edición, 1947, p.169. En España es frecuente la aceptación de este concepto amplio, unas veces incluyendo también los reglamentos (GARRIDO FALLA, Tratado..., Vol.II, cit., p.380; ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho administrativo, vol. I/1, 8.Ed., Madrid, 1983, pp.194-195) otras veces excluyéndolos (GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso..., tomo I, cit., p.504). A BALLBÉ (Voz Actos Administrativos, en Nueva Enciclopedia Jurídica

negocial germánica y el concepto amplio de acto administrativo es perceptible en parte de la doctrina española, de la siguiente forma: primero se enuncia un concepto amplio de acto administrativo, que abarca, como mínimo, no sólo las declaraciones de voluntad, sino también las de conocimiento, deseo o juicio. Y luego, dentro de este concepto amplio de acto administrativo se individualiza una especie, el acto administrativo negocial⁴⁰.

La negocialización del acto administrativo será objeto de crítica. Pero ahora hay que resaltar su mérito, que es aislar y dotar de ropaje dogmático a una categoría de la actuación administrativa, la "resolución", por la que la Administración determina o fija un caso concreto⁴¹. Pues el

Seix, vol.II, Barcelona, 1950, pp.296-299) le parece incluso que el concepto de acto administrativo italiano es demasiado estrecho, y por ello incluye también no sólo las "declaraciones anímicas", sino también los "hechos administrativos" (simples manifestaciones subjetivas).

⁴⁰ Así ocurre, en mi opinión, con BALLBÉ, quien después de exponer un concepto amplísimo de acto administrativo (Ob.cit., p.296) distingue entre el acto administrativo "negocial" y el "no negocial" (p.298). Lo mismo se puede apreciar, en mi opinión, en GARCIA-TREVIJANO FOS (Los actos..., cit.). Este autor sostiene un concepto amplio de acto administrativo, "declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad..." (p.95) pero individualiza un tipo de ellos, el acto discrecional, al que califica como negocio jurídico-público (pp.92-93). También GUAITA (El concepto de acto administrativo, en "Filosofía y Derecho". Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Universidad de Valencia, 1977) aporta un concepto amplísimo de acto administrativo, en el que incluye incluso actos de los particulares (p.402), aunque luego distingue un tipo especial, el acto negocial (p.415), al que termina por denominar "resolución" (p.423). Y por último, GARRIDO FALLA (Tratado...vol.I, cit.) enuncia primero un concepto amplio de acto administrativo (p.300), dentro del cual luego distingue los "actos con categoría de negocios jurídicos" (pp.397-398).

⁴¹ Este concepto de "resolución", en GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.321; MENENDEZ REXACH, Procedimientos administrativos, finalización y ejecución, en "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las

concepto de negocio jurídico-público, siguiendo el concepto civil⁴², no comprende⁴³: ni actuaciones materiales (Tatsächliche Akten), ni meros actos jurídicos (Rechtshandlungen), como certificaciones y notificaciones, donde los efectos jurídicos se producen con independencia de la voluntad del sujeto del que emanan⁴⁴, ni normas jurídicas (Rechtsätze). Sólo partiendo de la elaboración teórica del negocio jurídico-público se puede entender la definición estricta de acto administrativo del Derecho alemán (art.35 VwVfG⁴⁵) y la que entre nosotros ha formulado GALLEGO ANABITARTE (supra Introducción, primer párrafo)⁴⁶. Estas definiciones del acto administrativo no comprenden ni las normas jurídicas, ni las actuaciones materiales, ni los actos

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", (Dirigido por J.LEGUINA y M.SANCHEZ MORON), Madrid, 1993, p.248

⁴² RÜPING, Ob.cit., p.2

⁴³ KORMANN, Ob.cit., p.22. Esta precisión conceptual del acto administrativo se mantiene hasta hoy: GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.321; MAURER, Allgemeines..., cit., Cap.9, párrafos 8 y 9; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar. 3. Ed. 1990, art.35, párr.50.

⁴⁴ Por ello decía KORMANN (Ob.cit., p.24) que aquí no eran admisibles las condiciones, porque la voluntad no determina nada, no puede condicionar los efectos del acto. Excluyendo las certificaciones, véase también GASCON Y MARIN, Tratado...Tomo I, cit., p.206

⁴⁵ "Acto administrativo es toda disposición, decisión u otra medida de poder público tomada por una autoridad para regular un caso concreto en el ámbito del Derecho público y que se dirige al exterior con eficacia jurídica inmediata" (Traducción del autor; vid. también la traducción de NIETO, en RAP 83, p.506)

⁴⁶ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.310.

jurídicos no decisorios⁴⁷.

A partir de la negocialización se inicia un nuevo desarrollo dogmático del acto administrativo. En esta línea, se identifican cláusulas accesorias de la declaración de voluntad que constituye el acto administrativo⁴⁸. En el negocio jurídico se hablaba de elementos esenciales, naturales y accidentales. Para el acto administrativo dirá GARCIA OVIEDO que se éste se compone de elementos esenciales (sujeto, objeto y causa) y elementos accidentales⁴⁹. Y VILLAR, pese a su crítica al negocio-jurídico público, distingue entre contenido necesario, implícito y facultativo⁵⁰; este último es el que forman las cláusulas accesorias.

IV. Crítica a la negocialización del acto administrativo.

La pannegocialización realizada por KORMANN es criticada

⁴⁷ La crítica tradicional a un concepto estricto de acto administrativo (resolución) reprochaba a éste que se enviaba "a las tinieblas exteriores" a otros actos de la Administración, para no ocuparse más de ellos (GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...I, cit., p.504). Pero después de la Constitución estos actos ya no están en la oscuridad, sino iluminados por la norma máxima: toda actuación administrativa está sometida a la Constitución, y en particular a los arts. 103 y 106 CE (GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.307). Por eso, ya no es necesario ampliar el concepto de acto administrativo para que la actuación de la Administración esté sometida a Derecho.

⁴⁸ KORMANN, Ob.cit., pp.135-165; GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...,cit., p.165

⁴⁹ GARCIA OVIEDO, Ob.cit., p.208

⁵⁰ VILLAR, La intervención administrativa en la industria, IEP, 1964, pp.363-365

a partir de los años cuarenta como un exceso⁵¹. En nuestro Derecho corre el riesgo de convertirse en un planteamiento estéril, por su complejidad técnica y por ser extraño a nuestro sistema jurídico civil⁵². Siguiendo a KRAUSE⁵³, creo que no se trata de prescindir radicalmente del concepto de negocio jurídico civil, sino de no considerar a esta categoría civil como panacea; se trataría más bien de un instrumento conceptual útil, junto a otros propios del Derecho administrativo.

Las posiciones críticas respecto del acto administrativo-negocio jurídico se pueden resumir así⁵⁴:

A) El negocio jurídico es siempre privado.

La crítica más radical ve en el negocio jurídico-público una formulación dogmática sin contenido propio. No sería más que un postulado lógico para poder aplicar al acto administrativo la normatividad inmanente del negocio jurídico, tal y como se ha formulado en Derecho civil. Pero negocio jurídico como tal sólo habría uno, el civil. No habría un supraconcepto de negocio jurídico con dos clases

⁵¹ RÜPING (Ob.cit., p.9) atribuye la primera posición crítica a Max IMBODEN. Vid. también OBERMAYER, Grundzüge des Verwaltungsrechts, 2. Ed., 1975, p.133; y para España, VILLAR, Apuntes de Derecho administrativo, Tomo II, UNED, Madrid, 1974, p.21.

⁵² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.321; vid. también SANTAMARÍA, La nulidad..., cit., p.239

⁵³ Die Willenserklärungen..., cit., p.301

⁵⁴ Vid. una exposición general y de la doctrina alemana que a continuación se cita, en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.317-319

(público y privado)⁵⁵, sino negocio jurídico privado. Ejercicio de poder público y negocio jurídico no serían conceptos asimilables⁵⁶. En esta crítica late una distinción entre el sustrato de intereses que se da en acto público y en el privado. FORSTHOFF ha señalado que en Derecho civil se da una "jurisprudencia de intereses", mientras que en Derecho administrativo el acto es teleológico, encaminado al fin predeterminado por la norma⁵⁷. KLUTH ha destacado que en gran parte de la actuación pública (prestaciones sociales, subvenciones) no hay confrontación con los intereses particulares, sino precisamente fomento de éstos⁵⁸. En mi opinión, esta nota no caracteriza la actuación pública; porque, por un lado, también en Derecho civil hay negocios que favorecen a una parte (v.gr: donación) y no por ello deja de haber una composición de intereses; y por otro lado, todo acto público refleja también una confrontación de intereses (p.ej: los límites presupuestarios frente a la pretensión de ayudas públicas). Lo verdaderamente distinto es en qué momento se da la confrontación de intereses. En Derecho civil se da en el negocio jurídico concreto. En la actuación pública la ponderación de intereses se da, básicamente, en la norma. El acto concreto (resolución o contrato) no contiene una ponderación propia, sino teledirigida por la ley.

⁵⁵ Así lo había sostenido KORMANN, Ob.cit., p.17

⁵⁶ FLUME, Ob.cit., p.34. Incidentalmente, DE CASTRO, El negocio...,cit., párr.33. Ello no excluye que una Organización jurídico-pública (en tanto Fisco) pueda realizar negocios jurídicos, que sólo pueden ser civiles (FLUME, Ob.cit., p.41). En contra de estas opiniones, recientemente, KLUTH, Rechtsfragen der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung, NVwZ 1990, p.608.

⁵⁷ FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10.Ed., München, 1973, párr.9, p.160

⁵⁸ KLUTH, Ob.cit., p.610 (aunque el autor defiende con carácter general la validez del concepto de negocio jurídico en Derecho administrativo)

En todo caso, el Derecho positivo español niega que sólo haya negocios jurídicos civiles. El contrato administrativo que regula la LCE no es un acto de poder público, pero tampoco un negocio jurídico-civil. Entonces, la realidad del Derecho positivo obliga a admitir que existen negocios jurídicos de Derecho Administrativo. Aquí entrarían los contratos administrativos del Derecho español⁵⁹.

B) El acto administrativo no es negocio jurídico

Según una segunda línea crítica, se asume la existencia del negocio jurídico-público. Pero sólo para el contrato. El acto administrativo no sería negocio jurídico. Con lo siguientes argumentos:

a) Sin autonomía de la voluntad no hay negocio jurídico⁶⁰. En el acto administrativo no se puede hablar de autonomía de la voluntad⁶¹, ni de "libertad de configuración" (Gestaltungsfreiheit)⁶². Pues la configuración de las relaciones jurídicas no deriva del acto administrativo, sino -básicamente- de la ley⁶³. El momento volitivo se encuentra en la norma, no en el acto⁶⁴. Esto es especialmente notorio para el acto administrativo reglado. Pero incluso en el acto

⁵⁹ GARRIDO FALLA, El negocio..., cit., p.125

⁶⁰ LARENZ, Allgemeiner..., cit. p.314; DE CASTRO, El negocio..., cit., párr.28; DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...I, cit., p.483

⁶¹ SANTAMARIA, La nulidad..., cit. p.240

⁶² OBERMAYER, Grundzüge..., cit., 133

⁶³ FLUME, Ob.cit., p.42; ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln..., cit., párr. 23 a) II; KRAUSE, Die Willenserklärungen..., cit., p.303

⁶⁴ FORSTHOFF, Ob.cit., Cap.11, Párr.2; planteamiento similar en GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...I, cit., p.507

administrativo con elementos discrecionales no se puede hablar de libertad de configuración o de autonomía de la voluntad⁶⁵. Pues el acto discrecional debe ser en todo caso adecuado al fin público decidido por la norma (art.53.2 LRJAP). La inadecuación entre acto discrecional y fin de la norma constituye desviación de poder (art.83.3 LJCA). Por tanto, el concepto de discrecionalidad encierra siempre una idea de obligatoriedad, de instrumentalidad respecto a un interés público predefinido⁶⁶

b) Incluso en el caso de que se pudiera hablar de voluntad de la Administración, ésta no se correspondería con la que da vida al negocio jurídico civil. La voluntad en Derecho civil persigue un "propósito práctico"⁶⁷, no la obtención de un resultado jurídico. En cambio, el acto administrativo parece que sí se dirige directamente a la producción de un resultado jurídico, el predeterminado por la norma. El "propósito práctico" ya está fijado por la norma; la autoridad que dicta un acto sólo puede querer la producción de un efecto jurídico predeterminado por la norma.

c) Desde una perspectiva constitucional, la autonomía de la voluntad es una manifestación de la libertad (para nosotros, arts. 33 y 38 CE). Y en la Constitución, la

⁶⁵ VILLAR, Apuntes..., cit., p.23. La negociabilidad en los actos discrecionales la afirma GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos..., cit., pp. 60,63,65,83,94, que la extiende incluso a la integración de conceptos normativos indeterminados. A esto critican GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS (Derecho Administrativo I, cit., p.320) que la construcción dogmática del acto administrativo negociable se refiere a la existencia de una declaración de voluntad destinada a crear efectos jurídicos, y ello se da tanto en la resolución discrecional como en la reglada)

⁶⁶ FLUME, Ob.cit., p.42

⁶⁷ DE CASTRO, El negocio..., cit., párr.27; LARENZ, Allgemeiner..., cit., p.315: "Grundfolgentheorie"

libertad se garantiza precisamente controlando, limitando o dirigiendo la actuación del Estado (reserva de ley: art. 53.1 CE; principios de los arts. 103 y 106 CE). Sería entonces una contradicción reconocer también al Estado autonomía de la voluntad/libertad⁶⁸.

d) El negocio jurídico está construido sobre la voluntad del sujeto. Ello determina que la voluntad viciada (error, dolo) vicia de nulidad el negocio jurídico⁶⁹. En cambio, el acto administrativo descansa sobre el fin y contenido de la norma. Una decisión viciada de un funcionario (por ejemplo, por enajenación mental) no vicia de nulidad el acto administrativo, si éste es acorde con la norma⁷⁰. Al mismo resultado se puede llegar desde el Derecho de Organización. La "voluntad" del órgano es el fin que le fija

⁶⁸ Esta argumentación, a partir del principio general de libertad de la Constitución alemana (art. 2 I GG), en RÜPING, Ob.cit., p.13

⁶⁹ Aunque también en Derecho civil se avanza hacia fórmulas objetivas para solucionar las crisis de la relación contractual. De esta forma, los vicios de la voluntad pierden importancia ante una distribución objetiva de riesgos realizada por la ley. Vid este planeamiento, en relación con el error, en MORALES, El error en los contratos, Madrid, 1988, pp.88-90

⁷⁰ FLUME, Ob.cit., p.42. Aunque la doctrina, reacia a negar todo control de la voluntad del funcionario, ha señalado la posibilidad de fiscalizar no ya la voluntad decisoria, sino la voluntad de actuación (Handlungswille), que no existiría, por ejemplo, en un acto ganado por violencia (vid. RÜPING, Ob.cit., p.20). En el Derecho positivo español se pueden plantear dudas en torno al recurso extraordinario de revisión (art. 118 LRJAP), que se da ante supuestos de error de hecho, prevaricación, cohecho, violencia y maquinación fraudulenta, ¿Hay aquí un control de la declaración de voluntad? VILLAR (Apuntes..., cit., pp.22-23) había solucionado la cuestión (en relación con el art. 127. Cuarta LPA) afirmando que tales supuestos son causas de admisibilidad del recurso de revisión, pero no fundamento de una anulación. Esta respuesta tiene perfecta cabida en el actual art. 119.2 LRJAP, al distinguir entre "procedencia del recurso" y "fondo de la cuestión".

la norma al atribuirle competencia. Frente a este fin el administrador del órgano o del cargo⁷¹ no tiene voluntad propia, sus posibles vicios son irrelevantes⁷². Sólo es relevante saber si se ha cumplido el fin (voluntad tipificada) del órgano⁷³. Ello no impide reconocer a los órganos o autoridades un margen de "subjetividad conformadora" (Gestaltungssubjektivität)⁷⁴ pero que ya no es voluntad, sino ejercicio de competencia.

e) También se puede apuntar que el contenido de un negocio jurídico se hallará interpretando la declaración de voluntad, en cambio, el contenido del acto administrativo se averiguará interpretando el fin querido por la norma⁷⁵ de acuerdo con la Constitución (por ejemplo, de acuerdo con el principio de proporcionalidad⁷⁶)

f) El que un acto administrativo favorable se dicte

⁷¹ En Derecho español la explicación dogmática del Derecho de Organización se encuentra en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.88-109 (sobre la relación entre cargo y administrador del cargo, vid. p.97)

⁷² Esta afirmación que he formulado en términos de Derecho de Organización, tiene un origen absolutista: sólo el monarca tiene "voluntad estatal" (Staatswille), mientras que los "oficiales" (Staatsdiener) no pueden expresar por sí mismos la voluntad del Estado (GERBER, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts, 2.Ed. Leipzig, 1869, p.73)

⁷³ KLUTH, Ob.cit., p.611

⁷⁴ RÜPING, Ob.cit., p.113, con lo que la estructura absolutamente unitaria del Estado se daría hacia el exterior, admitiendo un reparto funcional interno (p.117)

⁷⁵ FLUME, Ob.cit., p.42; VILLAR, Apuntes...,cit., p.21; KLUTH, Ob.cit., p.610 (aunque para este autor la interpretación normativa es subsidiaria respecto de las reglas de interpretación de la voluntad del art.133 BGB, y en ningún caso la interpretación de la norma puede contradecir lo declarado expresa y claramente)

⁷⁶ KLUTH, Ob.cit., p.610

a solicitud del particular no negocia el acto administrativo. Pues lo solicitado por el particular será otorgado sólo en la medida que se corresponda con lo dispuesto por la norma.

g) El negocio jurídico (privado) obliga a un sujeto en virtud de su declaración de voluntad. En cambio, el acto administrativo obliga con independencia de la voluntad del particular (por ejemplo, una orden de policía)⁷⁷. La fuerza de obligar del acto administrativo la dispone la ley⁷⁸.

h) También, el acto administrativo es ejecutable forzosamente sin asistencia de los Tribunales, lo que no se da en el caso del negocio jurídico.

De esta exposición crítica se deduce la dificultad del concepto de negocio jurídico para explicar el acto administrativo. Pero no por ello, como dije al principio de este epígrafe, hay que prescindir sin más de una categoría que es origen histórico y sustento teórico del acto administrativo, en sentido técnico-jurídico. El acto administrativo no es un negocio jurídico. Pero éste último es el arquetipo del acto jurídico. Y de esta forma se puede establecer un lazo institucional entre acto administrativo, que también es acto jurídico, y negocio jurídico de Derecho privado⁷⁹.

⁷⁷ FORSTHOFF, Ob.cit. p.205; RÜPING, Ob.cit., p.27. Aunque en Derecho civil también se acepta que alguien quede vinculado por un negocio jurídico ajeno, siempre que así lo permita la ley (LARENZ, Allgemeiner...,cit., p.319)

⁷⁸ FLUME, Ob.cit., p.41

⁷⁹ Giannini, Diritto Amministrativo, vol.I, Milano, 1970, p.547

CAPITULO 2:
ELEMENTOS Y CONTENIDO DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

I. Elementos y contenido del acto administrativo y del negocio jurídico.

En la doctrina no hay acuerdo sobre cuáles son los elementos del acto y qué es su contenido. A ello se une el concepto de objeto del acto que aporta aún más oscuridad a la teoría del acto administrativo. Según BOQUERA, los elementos esenciales del acto administrativo son: la causa, la voluntad, la forma, el contenido y el fin¹. Y también para GARCIA-TREVIJANO FOS el contenido es un elemento esencial del acto administrativo². Pero resulta que cuando la doctrina analiza específicamente el contenido, como elemento (objetivo) del acto, distingue entre contenido esencial, contenido natural y contenido accidental³, o entre contenido natural (necesario), contenido implícito y contenido eventual⁴. Ante estas clasificaciones se me ocurre la pregunta: ¿El contenido eventual o accesorio es elemento esencial del acto? Con este interrogante quiero destacar el difícil encaje conceptual entre "elementos" y "contenido" del acto administrativo. El problema terminológico (y conceptual) se agudiza al comprobar que para algunos autores contenido y

¹ BOQUERA OLIVER, Estudios...cit., p.71

² GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...,cit., p.138

³ ENTRENA CUESTA, Curso de Derecho Administrativo, vol.I/1, 8.Ed. Madrid, 1983, p.213

⁴ GARRIDO FALLA, Tratado...I, cit., p.423

objeto del acto administrativo son lo mismo⁵, mientras que para otros son conceptos distintos⁶.

Pero no hay que culpar aquí a la doctrina administrativa, pues no ha hecho más que heredar cuestiones no resueltas de la teoría del negocio jurídico civil. LUCIFREDI toma la clasificación pandectística de elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio jurídico. Y a partir de ello habla de contenido normal (con dos formas, necesario e implícito) y contenido eventual del acto administrativo⁷. También VILLAR parte de la clasificación civil y distingue entre contenido necesario, implícito (o normal) y facultativo del acto administrativo⁸. Pero nótese el paso. Lo que eran "elementos" del negocio son ahora "contenido" del acto administrativo. Aquí se refleja un problema propio de la teoría iusprivatista: la confusión entre elementos y contenido del negocio jurídico. Esta confusión presenta tres manifestaciones:

1. La distinción entre "essentialia" "naturalia" y "accidentalia negotii" es anterior a la Pandectística, pero utilizada por ésta. WINDSCHEID, utilizando términos germánicos y latinos, distingue entre "wesentliche Bestimmungen" ("essentialia negotii") y "Nebenbestimmungen"

⁵ Así, FERNÁNDEZ DE VELASCO, El acto..., cit., p.192; GARCIA OVIEDO, Ob.cit., p.209; GARRIDO FALLA, Tratado...I, cit., p.422

⁶ En este sentido, GARCIA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I, cit., p.517

⁷ LUCIFREDI, Ob.cit., pp.37 y ss; sigue esta línea, en la literatura italiana, GRECO, L'atto amministrativo condizionato, Padova, 1993

⁸ VILLAR, La intervención..., cit., pp.363-364; en STS 23 marzo 1972 (Az.1562) se dice que "el contenido de la concesión ha de comprender también una serie de cláusulas complementarias"

("accidentalia")⁹. Esta clasificación de las "determinaciones" del negocio jurídico la hace WINDSCHEID para explicar el contenido (Inhalt) del negocio jurídico. Y por contenido entiende este autor los efectos de dicho acto¹⁰. Mas en ello hay incoherencia, pues el propio WINDSCHEID pone como ejemplo de "determinación esencial" en un contrato de compraventa la cosa determinada y el precio cierto¹¹. Como señalan CASTAN y DE CASTRO, no estamos entonces ante efectos jurídicos del negocio (contenido esencial), sino ante requisitos para su existencia (elementos esenciales)¹².

2. También se plantean dudas en torno a los "naturalia negotii". Se trata en este caso de efectos jurídicos del negocio que derivan directamente de la ley, no de la voluntad. Los "naturalia negotii" no serían elementos del negocio, sino contenido, efectos jurídicos del mismo¹³.

3. Además, cuando se comparan los "elementos esenciales" con los "elementos accidentales" del negocio jurídico se

⁹ WINDSCHEID, Ob.cit., párr.85, p.210 y nota 1.

¹⁰ WINDSCHEID, Ob.cit., párr.84, pp.207-208

¹¹ WINDSCHEID, Ob.cit., párr.85, p.210, nota 1

¹² CASTAN, Ob.cit., p.523; DE CASTRO, El negocio...,cit., párr.61

¹³ ENNECERUS/KIPP/WOLFF: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol.I, 11.Ed. Marburg, 1926. párr.176; BETTI, Ob.cit., p.187 (aunque para este autor "contenido" es distinto de "efectos"); CARIOTA, El negocio jurídico (Traducido y anotado por ALBALADEJO), Madrid, 1956, p.91; DE CASTRO, El negocio...,cit., párr.61. A este planteamiento, que ya estaba formulado en tiempo de los pandectistas, respondía WINDSCHEID que aunque los efectos jurídicos provienen de la ley, las partes los habrían querido de todas formas (Ob.cit., párr.85, p.102, nota 1). Parece dar a entender el autor que entonces nos encontramos ante verdaderos elementos del negocio, si bien formulados tácitamente.

percibe que actúan en planos distintos. La no concurrencia de elementos esenciales es causa de invalidez del negocio, mientras que la presencia de elementos accidentales condiciona la eficacia del negocio, no su validez¹⁴.

De lo dicho se observa como elementos del negocio y contenido del negocio son criterios clasificatorios distintos e incorrectamente fungidos. Por último, el "objeto" del negocio jurídico es tema aún debatido y no resuelto en Derecho civil; el "objeto" del contrato en el art. 1261 C.c. pudiera ser una cosa, una obligación, o el resultado práctico del negocio¹⁵.

Resultará entonces que cuando la doctrina jurídico-pública reciba la teoría del negocio jurídico va a asumir también el problema de distinguir entre contenido y elementos del acto administrativo y de definir qué sea el objeto del acto administrativo. Pero intentar resolver los problemas del negocio jurídico desde el acto administrativo es un esfuerzo innecesario para el Derecho Administrativo y perturbador para el Derecho civil.

El punto de partida en este estudio consiste en los efectos jurídicos del acto administrativo. Esos efectos son el contenido del acto¹⁶. A efectos jurídicos se refiere el art.53.2 LRJAP cuando habla de "contenido de los actos". La estructura del acto administrativo, sus distintas cláusulas, se explica por referencia a sus efectos jurídicos, a la

¹⁴ CARIOTA, Ob.cit., pp.90 y 92

¹⁵ Vid. DE LOS MOZOS, El negocio jurídico, Madrid, 1987, pp.50 y ss. El último significado, "intento práctico de las partes" es el sostenido por el autor (p.58)

¹⁶ "Objeto" del acto administrativo para FERNÁNDEZ DE VELASCO (Ob.cit.,p.192) y GASCON Y MARÍN, (Ob.cit.,p.209). Véase LUCIFREDI: el contenido del acto se identifica con su parte preceptiva (Ob.cit.,p.16)

situación o relación jurídica que define en relación con la norma¹⁷.

Es necesario plantearse ahora la vigencia de una división tripartita del acto administrativo: contenido necesario, implícito y eventual. En este sentido, hay que empezar por señalar que la función de la voluntad en relación con la ley y el régimen de validez de los actos administrativos no coinciden con los del negocio jurídico civil. Y la diferencia en estos puntos condiciona las soluciones dogmáticas en cada rama del Derecho. Cuando en Derecho administrativo se ha querido hablar de cláusulas accesorias se ha hecho desde la premisa de que éstas actúan sobre el contenido "implícito" del acto¹⁸. Se ha asumido de esta forma la relación que se da en la teoría civil entre contenido natural (implícito) y accidental del negocio jurídico: el contenido natural es dispositivo, puede ser afectado por el contenido eventual¹⁹. Pero en Derecho Administrativo no hay normas dispositivas; una norma que crea un ámbito de decisión propia para la Administración (discrecionalidad) no es dispositiva, sino imperativa, vinculante (al menos, en cuanto al fin). Por tanto, tampoco se puede asumir para el acto administrativo que las cláusulas accesorias actúen sobre el contenido implícito (dispositivo)

¹⁷ Este es también el punto de partida en la doctrina alemana. Cuando KORMANN se refiere al "Geschäftsinhalt" (contenido del negocio) está haciendo referencia a las consecuencias jurídicas que se derivan del acto administrativo (Ob.cit., pp. 45 y 49-51), aunque aquí hay que precisar que el autor trata las cláusulas accesorias separadamente, respecto del contenido del acto administrativo.

¹⁸ VILLAR, La intervención..., cit., p.365

¹⁹ BETTI, Ob.cit., p.188; CARCABA FERNÁNDEZ, en Negocio jurídico y representación, Madrid 1989, p.147

del acto²⁰; ¿De qué se compone, entonces, el contenido del acto administrativo? Siguiendo a GALLEGO ANABITARTE, lo que el acto dispone (contenido) se puede clasificar en contenido básico, cláusulas "iuris" y cláusulas accesorias²¹.

En este esquema no se hace referencia a la teoría de los elementos del acto, tanto subjetivos como objetivos. La competencia, el procedimiento, o la forma pueden ser

²⁰ Es cierto que algunas SSTs hablan de "contenido implícito" del acto administrativo, en un tipo de casos determinado: licencias o autorizaciones sin plazo de caducidad; por ejemplo, STS 20 octubre 1990 (Az.8295), relativa a autorización para alumbramiento de aguas: "No se había determinado un plazo para la ejecución de las obras, pero...la temporalidad de la autorización concedida mediante una cláusula formal o por la vía de lo implícito es inherente a la naturaleza de la autorización". En estos casos el TS quiere afirmar la legalidad de una declaración de caducidad (por incumplimiento de plazo), aun sin que el plazo este predeterminado, ni en la ley, ni en el acto. Pero esto no es contenido implícito, como se entiende en Derecho civil (esto es, efectos jurídicos que proviene directamente de la norma), sencillamente porque aquí no hay norma; se trata más bien de normatividad inmanente de instituciones, por lo demás incompatible con el principio de legalidad.

²¹ Desde SULSER va a quedar establecido que el negocio jurídico/acto administrativo se compone de "regulación básica" (Hauptregelung) y "determinaciones accesorias" (Nebenbestimmungen); ambas determinaciones son el contenido del acto administrativo (Bedingung und Auflage, Aarau, 1919, pp.90-91). La codificación administrativa alemana dispone hoy que el acto administrativo se dirige a la "regulación de un caso singular" (art.35 VwVfG), esto es a la fijación de una consecuencia jurídica (MAURER, Allgemeines..., cit., Cap.9, párr.6; ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln..., cit. Cap. 11, párr.22). Y siguiendo la formulación de SULSER, esa regulación del caso singular se realiza mediante una "regulación básica" (Hauptregelung) y una "determinación complementaria" (zusätzliche Bestimmung) o "cláusula accesorias" (Nebenbestimmung): MAURER, Allgemeiner..., cit., Cap.12, párr.1. Con ello se resalta que contenido principal y cláusula accesorias sirven para explicar los efectos jurídicos del acto, la consecuencia jurídica que determinan. Se prescinde de toda referencia a "elementos del acto".

requisitos o presupuestos de validez²², pero no forman parte del acto, no son contenido del acto, aquello que el acto administrativo resuelve.

II. Contenido básico y cláusulas del acto administrativo.

El contenido del acto administrativo se puede escalar por la importancia de los efectos jurídicos que crea y por venir en mayor o menor medida predeterminado por la norma. Así distinguen GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS (para la resolución declarativa de derechos) entre "contenido básico del derecho", "cláusulas legales", "deberes legales" y "cláusulas accesorias propias"²³. De este planteamiento se parte en la exposición que sigue.

Contenido básico es la regulación (favorable o gravosa) típica y fundamental del acto. Tal y como viene establecida en la norma. Aunque la determinación de la situación jurídica está definida típicamente por la norma, la Administración debe determinar en ocasiones cuáles son en el caso concreto los límites de la situación jurídica creada por el acto. Tales concreciones pueden ser propuestas por el propio particular (en solicitud de acto favorable) o venir directamente formuladas por la Administración. En estos

²² GALLEGO ANABITARTE, La acción concertada: Nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración, en "Homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia", Universidad de Valencia, 1980, p.238; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.311-312; MAURER, Allgemeiner..., cit., Cap.3, párr.2

²³ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.356 (cuadro 38); sigue a estos autores, para la concesión de costas, GARCIA PÉREZ, Concesiones sobre dominio público marítimo-terrestre, Santiago de Compostela, 1993, pp.140-143

casos, la Administración participa en la delimitación del contenido básico del acto²⁴. Pero veremos que las delimitaciones del contenido básico son en muchos casos reconducibles a cláusulas accesorias típicas. Se puede aceptar, con GARCIA-TREVIJANO, que contenido básico es "la parte del acto que sirve para individualizarlo", pero no es el "contenido necesario", como también afirma el autor²⁵. Primero porque ya hemos visto las carencias de una teoría de los elementos esenciales o contenido esencial del acto administrativo. Segundo, porque la ley, frecuentemente, obliga a la Administración a fijar ciertas cláusulas modales o condicionales en las concesiones o autorizaciones (v.gr: art.76 LC). Todas ellas son "contenido necesario" del acto (la ley obliga a que se impongan estas cláusulas), pero ni mucho menos son todas contenido básico del derecho. Una carga modal, aun prescrita por la ley, no es contenido básico del acto.

III. Cláusulas "iuris"

A) Concepto

De la propia expresión "cláusulas iuris" se extraen las notas que caracterizan a este concepto.

a) Por un lado son cláusulas, esto es, no son el "contenido básico" del acto. Según GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, "regulan la situación jurídica del particular, pero

²⁴ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.351; GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos..., cit., p.140

²⁵ GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos..., cit., p.139. Y la consecuencia jurídica de ello, según el autor, sería que si el acto administrativo no contuviera ese "contenido necesario" estaríamos ante un caso de nulidad de pleno derecho del (actual) art.62 LRJAP.

no definen el derecho concedido"²⁶.

b) Por otro lado, estas cláusulas son "iuris", es decir, provienen inmediatamente de la norma, no de la Administración. Al igual que ocurre en el negocio civil²⁷, parte de los efectos jurídicos a que da lugar el acto administrativo emanan directamente de la ley. Y su reflejo en el acto administrativo son precisamente las "cláusulas iuris". Estas cláusulas no determinan por sí mismas ninguna consecuencia jurídica. La llamada "cláusula sin perjuicio de tercero" o la cláusula de "revocación en los supuestos previstos en la ley" no crean por sí ningún efecto jurídico, sólo reflejan o anuncian consecuencias jurídicas previstas en la norma; son "cláusulas iuris". En este punto es necesario hacer una precisión. Al referirse a las "cláusulas iuris" la doctrina y jurisprudencia han puesto el acento en que se trata de cláusulas impuestas por la ley²⁸. Esta afirmación

²⁶ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.352. Este criterio lleva a los autores a excluir la condición y el término como cláusulas legales, pues éstas determinaciones afectan decisivamente al derecho otorgado por el acto.

²⁷ Vid, BETTI Ob.cit., p.188; MONTES PENADES, Comentario a los arts. 1113 a 1124 C.c. en "Comentario al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XV, vol.1, Madrid, 1989, p.1007

²⁸ ALBI, Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales, Madrid, 1960, p.681; LUCIFREDI, Ob.cit., p.91; BOQUERA, El condicionamiento de las licencias, RAP 37 (1962), p.176; GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.203; GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.172; JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Subvención: delimitación conceptual y análisis del instituto (inédito), Madrid, 1978, p.49; Según STS 21 mayo 1985 (Az.4765): "Conditio iuris legal o institucional en cuanto no viene establecida ex voluntatis, sino impuesta ex lege, siendo la voluntad del legislador y no la de la Administración actuante el origen y fuente de la determinación accesoria contenida en el acto administrativo...". Vid también SSTs 14 marzo 1967 (Az.3461); 18 noviembre 1967 (Az.4750); 6 abril 1970 (Az.2145); 25 abril 1972 (Az.2345); 19 junio 1979 (Az.2958); 19 julio 1985 (Az.5952);

es correcta, pero puede inducir a la confusión entre elementos y contenido del acto, como pasara con el negocio jurídico civil. Lo importante no es que el acto incluya necesariamente la "cláusula iuris" (según esto, la cláusula "iuris" sería un elemento esencial o necesario del acto), sino que ciertas consecuencias jurídicas provengan inmediatamente de la norma. Las cláusulas "iuris" simplemente repiten lo que disponen las normas²⁹. Ello tienen de común con la "conditio iuris" civil³⁰. Ciertos efectos jurídicos se producen con independencia de que se incluya expresamente o no una cláusula "iuris" en el acto³¹. Aquí también como la

²⁹ GONZALEZ MARIÑAS, Una nueva perspectiva jurídico pública para el estudio de las cláusulas voluntarias del acto administrativo, en "Libro Homenaje al profesor Villar Palasí", Madrid, 1989; KOPP, VwVfG, cit., art.36, Párr.22

³⁰ Cfr.: PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, Tomo I, vol II, Barcelona, 1976, p. 94; LARENZ, Allgemeiner...cit., p.495; también, en referencia a las "consecuencias naturales" del negocio jurídico: BETTI, Ob.cit., p.188

³¹ Otto MAYER (Deutsches Verwaltungsrecht, Tomo I, 3.Ed., 1924 (Reimpresión, 1969), p.249, nota 17) ponía el siguiente ejemplo de "conditio iuris": una licencia para despachar bebidas está condicionada a que sólo se sirvan bebidas en el local que se autoriza; no es que se condicione nada, sino que los efectos del permiso, según la ley, sólo se refieren a los locales autorizados; KORMANN, Ob.cit., 139; BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.187; GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.187; LÓPEZ PELLICER, Régimen y condicionamiento de las licencias Urbanísticas, RDU 85 (1983) p.75. DE ASIS, Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo, RAP 116 (1988), p.138. Los mismos efectos reconocen GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS para los llamados "deberes legales" (Derecho Administrativo I,cit., p.353). En la jurisprudencia, como se verá, suele aparecer un concepto atécnico de cláusula "iuris"; como excepción, hay una calificación correcta de "conditio iuris" en los siguientes casos: STS 24 septiembre 1982 (Az.5500): la licencia de obras no puede afectar a terrenos de terceros; STS 5 diciembre 1989 (Az.9644): la licencia de obras se entiende con los límites de la legislación de costas; STS 17 marzo 1992 (Az.3282): fianza en licencia de edificación con urbanización simultánea.

"conditio iuris civil"³². Lo que vengo sosteniendo se puede ilustrar con el Derecho positivo. Del art. 80.11 RBEL resulta que toda concesión de dominio público local ha de incluir la cláusula sin perjuicio de tercero. Cuando el art. 76 LC enumera las cláusulas de la concesión de dominio público marítimo-terrestre no incluye la cláusula sin perjuicio de tercero, pero el art. 66 LC declara que las concesiones se otorgan sin perjuicio de tercero y dejando a salvo los derechos preexistentes. Lo mismo ocurre con la concesión de dominio público hidráulico: el art. 115 RDPH no prevé la cláusula sin perjuicio de tercero en el acto concesional, pero esta consecuencia jurídica viene dispuesta en el art. 59 LC, ¿Acaso hay alguna diferencia entre los tres supuestos expuestos? En los tres casos el "sin perjuicio de tercero" es un efecto jurídico dispuesto en la norma. En la concesión de dominio público local se incluye esta regulación expresamente en el texto de la concesión, como "cláusula iuris", pero las consecuencias jurídicas provienen de la norma, no de la cláusula. Por ello, a estas cláusulas se las denomina en ocasiones "advertencias" (Mahnungen), "indicaciones" (Hinweise)³³ etc. Lo característico de estas cláusulas es que carecen de contenido decisorio propio (Entscheidungsgehalt)³⁴. Ello no significa que la constancia expresa de "cláusulas iuris" en el acto sea irrelevante, como tampoco lo es en el negocio jurídico privado³⁵. La cláusulas

³² Cfr.: LARENZ, Allgemeiner..., cit., p. 496; MONTES PENADES, Ob.cit., p. 1003

³³ WEYREUTHER, Über Baubedingungen, DVBl 1969, p. 234.

³⁴ WEYREUTHER, Ob.cit., pp. 233-234; SIMON, Bayerische Bauordnung, 10. Ed., art. 74, parr. 49h

³⁵ Según BETTI (Ob.cit., p. 188), en algunos casos es relevante que las partes en un contrato incluyan expresamente, como cláusula, lo que son "consecuencias naturales del negocio jurídico". Por ejemplo, en un contrato sinalagmático, la expresión de que el incumplimiento determina la resolución dota de mayor intensidad a esta consecuencia jurídica ya

"iuris" cumple una función, en primer lugar, en perjuicio del particular, porque la reiteración en el acto de una consecuencia directamente dispuesta por la norma (por ejemplo supuestos revocatorios) sirve para eliminar cualquier formación de "confianza legítima" en el receptor del acto³⁶. Y en segundo lugar, en beneficio del particular, porque el principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE) propio de un Estado de Derecho no se agota en la publicidad de las normas, se extiende a que el acto administrativo informe con precisión sobre cuál es la situación jurídica del receptor del acto³⁷; esa función de seguridad jurídica se cumple con las cláusulas "iuris"³⁸.

El contener o no decisión administrativa es lo que distingue, pues, la cláusula accesoria de la cláusula "iuris". Por ello hay cláusula accesoria propia, no cláusula "iuris", cuando una decisión normativa necesita concreción en cada caso³⁹; así, cuando la norma dispone que las concesiones

prevista en la ley.

³⁶ Vid. la explicación del principio de protección de la confianza legítima infra Cap.14 I B) b)

³⁷ Esto es lo que se denomina "certeza jurídica", manifestación subjetiva de la seguridad jurídica (PÉREZ LUÑO, La seguridad jurídica, Barcelona, 1991, pp.21-22)

³⁸ STS 16 octubre 1991 (Az.7838): no basta con que el plazo de caducidad esté en la Ordenanza Municipal, ha de constar también en el texto de la licencia.

³⁹ WEYREUTHER, Ob.cit., p.234; KOPP, VwVfG, cit., art.36, Párr.6. En cambio, ALBI admite que dentro de la "conditio iuris" pueda haber un "margen de discrecionalidad", para "individualizarla en los casos concretos" o para "elegir entre las diversas soluciones permitidas" (Ob.cit., p.681); el mismo resultado en FERNÁNDEZ FARRERES, La subvención: concepto y régimen jurídico, IEF, Madrid, 1983, p.260; y similar en GARCÍA-TREVIJANO, Los actos...cit., p.172. En realidad, en estos casos no se puede hablar de discrecionalidad, sino de conceptos normativos indeterminados, que necesitan concreción; y tampoco de cláusula "iuris", sino de cláusula accesoria. Más correcto,

tendrán siempre un plazo, cuya concreción corresponde a la Administración en cada caso⁴⁰. Está claro que aquí la Administración está obligada a fijar un plazo; y que si no lo hace el acto sera anulable. Pero en la obligación de fijar un plazo queda un amplio margen de apreciación o decisión administrativa: hay cláusula accesorio. Y el mismo argumento se puede manejar para un acto reglado: el art. 33.2 RAMINP obliga a la Administración a la imposición de "medidas correctoras" adecuadas en cada licencia de apertura. En estos casos la norma decide la imposición de la cláusula, pero deja

LÓPEZ PELLICER: "No pueden ser consideradas como condiciones iuris o estrictamente regladas, por cuanto en su determinación interviene en mayor o menor grado la voluntad de la Administración, la cual no se encuentra absoluta y completamente determinada por la norma y dispone por ello de un cierto margen de apreciación subjetivo..." (Ob.cit., p.84)

⁴⁰ Por ejemplo, el art. 102 RDPH dispone que en toda concesión de aguas se fijará un plazo. Es a la Administración a quien corresponde concretar ese plazo en cada concesión. Pues la norma no ha decidido que la concesión se extinga a los 5, 15 o 20 años de su otorgamiento; esa decisión la toma la Administración. Y si la Administración no fija plazo la concesión es anulable. Este régimen jurídico no es propio de una cláusula "iuris". Por eso prefiero hablar en este caso de cláusula accesorio (En contra, PARADA, Derecho Administrativo I, 2.Ed., Madrid, 1990. p.120). Dice la STS 23 marzo 1972 (Az.1562): "el contenido de la concesión ha de comprender también una serie de cláusulas complementarias, entre las que figuran en primer lugar el plazo de duración de los trabajos...y cuya indicación concreta ...resulta inexcusable"; aquí el TS no habla de "conditio iuris", sino de "cláusula complementaria" y de "indicación concreta". Quedaría todavía por decidir si estamos ante una "cláusula accesorio" o ante "contenido básico" del acto. GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS prefieren hablar aquí de delimitación del contenido básico del derecho (Derecho Administrativo I, cit., p.352). En mi opinión esta afirmación no es incompatible con sostener que esa fijación de plazo es cláusula accesorio. Pues precisamente mediante cláusulas accesorias (autorizadas por la ley) se puede delimitar el contenido básico del acto (En contra, diciendo que el término delimita, pero no es cláusula accesorio: J.MARTENS, Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, München, 1985, párrafos 268 y 269).

su concreción a la Administración⁴¹. En la doctrina española GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS mantienen un criterio distinto de distinción entre cláusula "iuris" y "cláusula accesorio", a ello se hará referencia tras exponer el concepto de cláusula accesorio.

Arriba he comparado varias veces la cláusula "iuris" del acto administrativo con la "conditio iuris" civil. Pero la cláusula legal del acto administrativo va más allá de la "conditio iuris" acuñada en la tradición jurídico-privada, aunque asimila en gran medida sus contenidos. En el acto administrativo se hallan también modos "iuris"⁴² y otras cláusulas más o menos atípicas dispuestas por la norma. Estas cláusulas "iuris" unas veces imponen obligaciones a los destinatarios del acto, pero otras veces determinan las facultades del particular o simplemente informan sobre su situación jurídica. Lo que las define es su relación con la norma, no sus efectos⁴³. De esta forma son cláusulas legales: la aclaración de cuáles son los supuestos en que, según la ley, procede la revocación, o el sometimiento del acto a una determinada ley o bloque normativo⁴⁴.

⁴¹ BOQUERA, El condicionamiento..., cit., p.194 (referido al Reglamento de 17 de noviembre de 1925)

⁴² KORMANN, Ob.cit., p.139; Otto MAYER, Verwaltungsrecht...I, cit., p. 251; GALLEGO ANABITARTE, La acción..., cit., p.204; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.342

⁴³ Por ello, una cláusula modal "iuris" genera los mismos efectos para los particulares que su homóloga accesorio "propia" (J.MARTENS, Ob.cit., p.182, nota 121)

⁴⁴ KOPP, VwVfG, cit., art.36, Párr.6; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS denominan a esta última cláusula "deberes legales" (Derecho Administrativo I, cit., p.353-354). En mi exposición no hay lugar para este concepto, pues todas las notas que caracterizarían, según estos autores, a los deberes legales se pueden referir también a las cláusulas "iuris". GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS citan como ejemplo de "deberes legales" la cláusula de sumisión a la legislación de pesca, de

Hemos visto que en gran medida las características de la cláusula "iuris" se corresponden con la "conditio iuris" civil. Pero ahí se acaba la comparación con el Derecho privado. Las cláusulas "iuris" no son el contenido implícito del negocio jurídico. Simplemente, porque en el acto administrativo no hay contenido implícito. Para el negocio jurídico civil, el contenido implícito, o natural, sería derecho dispositivo, suprimible por las partes. Para el acto administrativo no hay ninguna norma de Derecho dispositivo. Por ello, aunque se hable de "efectos naturales"⁴⁵, "contenido natural"⁴⁶ o "implícito"⁴⁷, no estamos ante el concepto homónimo de Derecho civil. Cuando GARCIA-TREVIJANO se refiere al "contenido implícito" del acto afirma que no puede ser suprimido por la Administración, "porque en

industria y medioambiental, que ha de constar expresamente en la concesión de aguas, según dispone el art.115.2 k) LA; y como cláusula "iuris" citan los referidos autores la obligación del concesionario (de costas) de mantener en buen estado el dominio público, obras e instalaciones, cláusula ésta que ha de constar en el texto de la concesión (art.76 i) LC). Entre ambos tipos de cláusulas sólo encuentro una diferencia, que los deberes legales remiten a otras leyes, mientras que la cláusula "iuris" reitera una obligación de la misma ley. Pienso que con un concepto restringido de cláusulas "iuris", como es el que vengo exponiendo, no hay lugar para los "deberes legales"

⁴⁵ STS 24 septiembre 1982 (Az.5500)

⁴⁶ ENTRENA CUESTA, Curso...I/1, cit., p.213

⁴⁷ GARRIDO FALLA, Tratado...I, cit., p.423; recientemente, en la doctrina italiana, GRECO, Op.cit., p.239. Para GUAITA (Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas, 2.Ed. Madrid, 1986, p.72, nota 5) la cláusula "sin perjuicio de tercero" es un ejemplo de cláusula "implícita"; el mismo resultado en GARCIA PÉREZ, Concesiones...cit., p.173. Así se lee también en SSTS 24 octubre 1974 (Az.4033); 23 junio 1978 (Az.2188) y 15 abril 1981 (Az.1454); 12 noviembre 1992 (Az.2431). Pero si hay contenido implícito, ¿Acaso puede disponer la Administración que una concesión sea con perjuicio de tercero, igual que las partes del contrato pueden eludir las reglas de la evicción?

realidad es como el contenido necesario pero no expreso"⁴⁸.
El acto administrativo tiene "cláusulas iuris", pero no contenido implícito.

B) Concepto de "conditio iuris" en la jurisprudencia.

El concepto de cláusula "iuris" hasta ahora expuesto no se corresponde con el de la jurisprudencia:

a) En primer lugar, porque todas las cláusulas iuris se denominan "conditio iuris", sin más precisiones⁴⁹.

b) En segundo lugar, se denominan "conditiones iuris" las cláusulas no impuestas, sino "...autorizadas o previstas por la legalidad"⁵⁰, e incluso aquéllas que "...por lo menos...no son incompatibles con el derecho del particular a obtenerla (la licencia)..."⁵¹

c) También se denominan conditiones iuris las correcciones incluidas en un acto, para hacer compatible lo solicitado por el particular con lo dispuesto en la norma. Supuesto típico: solicitud de licencia de edificación para más plantas de las que prevé el plan; la licencia se otorga, pero avisando de que sólo se puede edificar lo que permite el plan⁵². En mi opinión no se trata de cláusulas "iuris". La

⁴⁸ GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.140; esta conclusión, también en GARCIA PÉREZ, Concesións...cit., p.139

⁴⁹ Cfr.GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.372

⁵⁰ STS 13 febrero 1984 (Az.2429)

⁵¹ STS 5 noviembre 1979 (Az.3783)

⁵² Así: STS 21 abril 1987 (Az.4580); en relación con licencias de apertura, SSTs: 29 mayo 1984 (Az.3149); 21 diciembre 1990 (Az.10414)

cláusula que corrige la solicitud de licencia no viene impuesta por la norma; proviene de la Administración para evitar una denegación desproporcionada⁵³. La norma impone que se deniegue la solicitud de licencia no acorde con sus disposiciones. Es la Administración -con discrecionalidad vinculada⁵⁴- quien decide no denegar, sino otorgar con esa cláusula correctora. Y entonces estamos fuera del concepto de "conditio iuris"⁵⁵.

IV. Cláusulas accesorias.

Empecemos por una cuestión de terminología. La ciencia jurídica utiliza las expresiones "elementos accidentales", "contenido eventual", "cláusulas accesorias", "determinaciones accesorias", "modulaciones voluntarias", "cláusulas particulares", entre otras⁵⁶. Y se han hecho esfuerzos por matizar el concepto que encierra cada expresión, como sigue. GIANNINI propone que "contenido eventual" es género, con dos especies: "cláusula particular" (determinación del objeto del acto) y "elemento accidental"

⁵³ Para Alemania afirma KOPP (VwVfG, cit., art.36, Párr.11) que la decisión de incluir esta cláusula de corrección es discrecional; nada más lejos por tanto de una cláusula "iuris".

⁵⁴ En contra, STS 5 junio 1981 (Az.2549)

⁵⁵ En contra JIMÉNEZ BLANCO, Régimen general de las licencias, en "Tratado de Derecho Municipal" (dirigido por MUÑOZ MACHADO), vol.II, Madrid, 1988, pp.1191 y 1204: se trata de los requisitos que disponen las normas para que la Administración pueda otorgar las licencias, por tanto son "conditio iuris". Opinión parecida, en Derecho alemán, de J.MARTENS, Ob.cit., párr.271: en estos casos sólo habría una "certificación" de lo que ordena el Derecho.

⁵⁶ Cfr. GARCIA-TREVIJANO, Los actos, cit., p.165

(condición, término modo)⁵⁷. VILLAR distingue la cláusula accidental (dispuesta por la Administración: condición, término, modo) de la cláusula accesorio (secundaria: sólo el modo)⁵⁸. Y GONZALEZ MARIÑAS formula, como género, la "modulación voluntaria", con dos especies: "cláusula sustantiva" (determinación del objeto del acto; afecta a la validez del acto) y cláusula accesorio (determinante de la eficacia del acto)⁵⁹. En mi opinión, las diferentes expresiones son reflejo de distintos momentos históricos (a la expresión escolástica, "accidentalía", sucede otra más moderna, cláusula accesorio), de distintas lenguas (en la doctrina italiana se utiliza invariablemente la expresión "elemento accidental") y de problemas de adaptación de la teoría del negocio jurídico al acto administrativo (así la necesidad de dar nombre a las cláusulas que concretan lo que sería el contenido esencial del acto jurídico). Pero creo que tras estas expresiones sólo hay una categoría: decisión, valoración o ponderación administrativa en el caso concreto. Con ello se acepta -en parte- la acepción de accesoriedad proveniente del negocio jurídico civil. Las "determinaciones accesorias", integrantes del "contenido eventual" del negocio jurídico, son dispuestas por las partes, tienen su origen en la voluntad, no en la ley⁶⁰. Esta acepción de origen civil

⁵⁷ GIANNINI, Op.cit., p.557

⁵⁸ VILLAR PALASÍ, La intervención, cit., p.365. Esta distinción entre accesoriedad y accidentalidad también se encuentra en la literatura civil: ALBALADEJO, El negocio jurídico, cit., p.230

⁵⁹ GONZALEZ MARIÑAS, Ob.cit., p.520

⁶⁰ WINDSCHEID, Ob.cit., párr.85, p.210; DE CASTRO, El negocio...cit., párr. 61. ALBALADEJO, El negocio jurídico, cit., p.227. PUIG, Ob.cit., p.93. Este concepto de accesoriedad está presente, para el acto administrativo, en BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.76 y en GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., pp.140-141. GALLEGU ANABITARTE (La acción...cit, p.203) también parte de ese concepto de accesoriedad al distinguir la cláusulas "iuris"

es útil, en cuanto reconoce a la cláusula accesoria un "plus de decisión", en relación con la norma. Pero también es inconveniente, porque puede llevar a la asimilación entre cláusula accesoria y voluntad negocial⁶¹, y entonces, al no poder afirmarse la existencia de "voluntad negocial" en la Administración, habría que prescindir del concepto de cláusula accesoria para el Derecho público.

En mi opinión, toda cláusula accesoria es la expresión formal de una consecuencia jurídica (contenido del acto administrativo) no decidida por la norma; o consecuencia jurídica que, aunque dispuesta por la norma, es ineficaz sin una previa concreción administrativa, en cada acto administrativo. Admito que este concepto de cláusula accesoria es desacostumbradamente amplio. La doctrina española tradicional ofrece un concepto más restringido de cláusula accesoria: decisión administrativa, no de la ley. Pero esta doctrina, entonces, ha tenido que desplazar hacia la cláusula "iuris" efectos jurídicos impuestos de forma indeterminada por la norma; y admitir luego que el concepto de cláusula "iuris" es compatible con una labor administrativa de concreción o determinación (incluso "discrecionalidad técnica") del efecto jurídico definido abstractamente en la norma. En esta Tesis he expuesto un concepto más limitado de cláusula "iuris": expresión formal de un efecto jurídico determinado inmediatamente por la norma; efecto jurídico que tiene lugar incluso cuando el propio texto del acto administrativo omite toda mención al respecto. La coherencia con este concepto limitado de cláusula "iuris" me exige ahora adoptar un concepto muy amplio de cláusula accesoria; y diferenciar luego, necesariamente, distintas clases de cláusulas accesorias,

de la cláusula propia, pero no hace referencia a la voluntad, sino a la discrecionalidad de la Administración.

⁶¹Así, en FERNÁNDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.260

según cuál sea el margen de decisión, valoración, ponderación o concreción de que dispone la Administración, en relación con la norma.

La cláusula o determinación accesoria no es decisión administrativa sin ley, o donde no hay previsión normativa. Esto no es más que un tipo de cláusula accesoria, pero no el único. En relación con el "contenido facultativo" del acto administrativo señala VILLAR que "su función estriba en la adaptación al caso concreto de los esquemas abstractos previstos por la ley..."⁶². También dice LUCIFREDI que lo propio de la cláusula accesoria es la variabilidad, de caso a caso⁶³. Es posible, por tanto, que una cláusula accesoria no sólo aporte algo nuevo respecto de lo dispuesto por la ley, sino que simplemente concrete la ley⁶⁴. Veremos ejemplos de este tipo de cláusulas accesorias en las licencias municipales de apertura.

Según GARCIA-TREVIJANO el carácter accidental de una cláusula depende de la importancia que la misma Administración le otorgue⁶⁵. Este criterio recuerda la exposición de LUCIFREDI cuando afirmaba que un elemento "objetivamente" accesorio del negocio jurídico podía ser "subjetivamente" esencial⁶⁶. Con ello se alude a "accidentalidad" como secundariedad. Es cierto que la

⁶² VILLAR, La intervención...cit., p.364. El autor señala además que cuanto más difuso sea el interés público a proteger, mayor facilidad hay para incluir cláusulas accesorias, por ello debía ser más fácil la inclusión de cláusulas accesorias en la (antigua) autorización de industria que en la licencia municipal de apertura (p.364)

⁶³ LUCIFREDI, Ob.cit., p.92

⁶⁴ GRECO, Ob.cit., p.242

⁶⁵ GARCIA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.165

⁶⁶ LUCIFREDI, Ob.cit., p.38

cláusula accesoria es algo distinto del contenido básico del acto administrativo. Pero también hemos visto que la cláusula accesoria puede servir para delimitar o definir aquel contenido básico. Y en todo caso, pienso que la importancia de la cláusula en el conjunto del acto no depende de la voluntad o intención de la Administración, sino de la norma que delimita cada tipo de acto administrativo.

En la práctica administrativa se ha ido formando un concepto vulgar o simplificado de cláusula accesoria: contenido accesorio respecto de lo solicitado por un particular. Cuando la solicitud del particular (p.ej. de licencia) no es conforme con el Ordenamiento jurídico la Administración puede incluir "cláusulas accesorias" para adecuar la solicitud a las normas, para poder otorgar lo que si no debería ser denegado. El concepto de accesoriedad es aquí meramente procedimental, significa complemento a la solicitud del particular. No se trata de cláusulas "secundarias", pues mediante la cláusula accesoria se puede conseguir que se cumpla un requisito esencial del acto⁶⁷. Tampoco es una cláusula al margen de la ley, pues de lo que se trata es precisamente de que se cumplan los requisitos o exigencias de las normas. El concepto procedimental de cláusulas accesorias expuesto es el que se encuentra en el art 43.2 RGPE y el que predomina en la doctrina y legislación alemanas (Nebenbestimmungen).

⁶⁷ Así, en el caso de STS 8 marzo 1991 (Az.2511): se otorga autorización de alumbramiento de aguas subterráneas (en Canarias) condicionada suspensivamente a que el petitionerario acepte en 15 días una serie de cláusulas, sin cuyo cumplimiento se perjudicaría el acuífero, y la autorización sería entonces ilegal.

V. Distinción entre cláusula accesorio y cláusula "iuris".

El Derecho positivo muestra que lo que inicialmente se formulaba como verdaderas cláusulas accesorias, impuestas por la Administración, se va incorporando a las leyes, se va convirtiendo en cláusulas "iuris". Con ello se gana en igualdad para los particulares⁶⁸, pero se pierde en justicia para el caso concreto (la decisión se aleja del caso singular⁶⁹) y en tutela judicial, porque la cláusula accesorio puede ser anulada por un Tribunal, la cláusula "iuris" no (cuando la impone una Ley).

Según GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS hay cláusula "iuris" cuando "la ley obliga a imponer a la Administración cláusulas legales cuyo contenido será determinado en cada caso"⁷⁰. En cambio, habría cláusula accesorio (propia) cuando la ley autoriza a la Administración a incluir las cláusulas oportunas en una concesión de aguas⁷¹. Este criterio de distinción es consecuente con dos postulados básicos de los autores: a) En actos reglados (así, licencia de apertura de

⁶⁸ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.365

⁶⁹ Cfr. LEISNER, "Gesetz wird Unsinn...", DVBl 1981, p.854; DREIER, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen, 1991, p.172

⁷⁰ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.355. El ejemplo sería el art. 43.2 RGPE, que permite a la Administración imponer "las medidas que se considere necesario imponer como complemento de las contenidas en el Proyecto (de licencia de apertura) para garantizar la higiene, seguridad y comodidad". El mismo resultado, en Derecho alemán: J.MARTENS, Ob.cit., párrafos 268-269

⁷¹ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Ibidem. Este sería el caso del art.115.2m RDPH, que permite a la Administración incluir las determinaciones "especiales que el Organismo de Cuenca estime pertinentes"

espectáculos) no caben cláusulas accesorias propias⁷²; b) La integración de conceptos normativos indeterminados no es ejercicio de poder discrecional⁷³. A partir de estas premisas se desplaza hacia el concepto de cláusula "iuris" todo margen de concreción o integración de conceptos normativos indeterminados (tales como "medidas necesarias") por la Administración.

En relación con la tesis de GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS se puede afirmar lo siguiente:

a) El concepto de cláusula "iuris" que exponen desborda, a mi juicio, la categoría "conditio iuris" civil, a la que es ajena la idea de concreción de efectos fijados en la ley⁷⁴.

b) No hay duda en cuanto a la exclusión de la discrecionalidad administrativa en la integración de conceptos normativos indeterminados. Pero, como el propio GALLEGO ANABITARTE ha explicado, ello no impide reconocer un ámbito de valoración o ponderación propio de la Administración⁷⁵; el dogma de la "única solución justa" es

⁷² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.354

⁷³ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.327

⁷⁴ Cfr. M.WOLF, Comentario al art. 158 BGB, en "Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil", Stuttgart, 1987 (iniciado por SOERGEL; dirigido por M.WOLF), p.1218; HEFERMEHL, Bedingung, Zeitbestimmung, en ERMAN, "Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band.I", 8.Ed., Münster, 1989, p.354 y ss. MONTES, Ob.cit., p.1003. Vid. también supra III A) b). Con acierto afirma LUCIFREDI que la "conditio iuris" es un hecho extrínseco, extraño a la estructura del acto (Ob.cit., p.91)

⁷⁵ GALLEGO ANABITARTE, Derecho General de Organización, IEA, Madrid, 1971, pp.258, notas 19 y 261; y con DE MARCOS, Derecho administrativo I, cit., p.327; en el mismo sentido,

un exceso positivista (¡El Ordenamiento no tiene lagunas!) desde la Escuela Histórica del Derecho⁷⁶. Ahora bien, en mi opinión, si existe esa facultad de valoración o ponderación administrativa ya no hay cláusula "iuris", sino cláusula accesoria. Determinar cuáles son las "medidas necesarias...para garantizar la higiene seguridad y comodidad" (art.43.2 RGPE) no es mera repetición de la norma, no es cláusula "iuris"⁷⁷. Resulta así que en la concreción de normas o integración de conceptos normativos indeterminados hay decisión administrativa (Letzentscheidungsermächtigung⁷⁸). Hay apreciación,

MOZO SEOANE, La discrecionalidad de la Administración pública en España, Madrid, 1985, pp.393,395,396; y LÓPEZ PELLICER, Ob.cit., p.83 ("facultad de estimación") En contra: SAINZ MORENO (Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, 1976): la interpretación correcta de un concepto jurídico (de valor o de experiencia) sólo admite una solución justa (p.164), que al mismo tiempo es la solución verdadera (p.172); la tesis de SAINZ MORENO está muy difundida en la jurisprudencia: STS 17 junio 1989 (Az.4730); STS 18 mayo 1993 (Az.3757), entre muchas.

⁷⁶ RÜPING, Ob.cit., p.23

⁷⁷ Así se explica que los arts. 5 y 11.4 RAMINP den criterios normativos para decidir las "medidas correctoras" de una licencia de apertura. Además, incluso los peritajes o informes técnicos contienen juicios de valor y criterios de prioridades: hay que elegir entre distintas decisiones técnicas posibles (ERICHSEN, Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßnahmen im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, DVBl 1985, p.25); por tanto, distintos peritos pueden llegar a diferentes soluciones (p.26).

⁷⁸ SCHMIDT-ABMANN, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Grundgesetz Kommentar, art.19 IV, actualización: enero 1985, párrafos 188 y ss.; también, en relación con los conceptos normativos indeterminados en Derecho medioambiental, RAUSCHNING, Staatsaufgabe Umweltschutz, en VVDStRL 38 [1980], p.199 El criterio básico de SCHMIDT-ABMANN (Op.cit. supra) es que en el grado de vinculación y control de la decisión administrativa se pueden formar tipos ideales, pero no institutos rígidos o cualitativamente distintos; en el mismo sentido: ERICHSEN, Die sogenannten...cit., p.22. SCHMIDT-

valoración y ponderación⁷⁹, y por tanto cláusula accesoria. En otros casos puede ocurrir, incluso, que la norma no contenga propiamente conceptos normativos indeterminados, sino una verdadera delegación al aplicador, para que incorpore conocimientos exteriores; en este supuesto hay algo más que integración de conceptos normativos, hay complemento de la norma (Normergänzung)⁸⁰. El que la jurisdicción contenciosa pueda fiscalizar plenamente la decisión administrativa no excluye, a mi juicio, el concepto de cláusula accesoria: igual que una decisión reglada, plenamente fiscalizable, no deja de ser decisión. ¡Claro que hay control judicial!, porque en el acto administrativo no hay autonomía de la voluntad, sino persecución de un fin más o menos concretado en la norma. El concepto de cláusula accesoria en Derecho administrativo no es expresión de voluntad negocial; y es totalmente compatible con el pleno control de los Tribunales.

c) Tanto las cláusulas de la licencia de espectáculos (a las que GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS llaman "iuris") como las cláusulas accesorias de la concesión de aguas son fiscalizables por los Tribunales. Como ha explicado GALLEGO

ABMANN identifica varios tipos de poder decisorio: a)Discrecionalidad (Ermessen); b)Facultad de valoración (Beurteilungsermächtigung); c)Facultad de pronóstico -político- (Einschätzungsprärogative); d) Facultad de pronóstico -técnico- (Prognoseermächtigung) e)Aplicación de conceptos técnicos positivados (Rezeptionsbegriffe) d)Discrecionalidad de planeamiento (Planungsermessen) e)Discrecionalidad normativa (Normsetzungsermessen).

⁷⁹ Me parece acertada la STS 9 junio 1992 (Az.5108): "facultad reglada que no excluye la apreciación por la Administración de los conceptos jurídicos indeterminados de este precepto" (se refería al art. 58.2 LS 1976). En esta STS, el Tribunal no obliga a la Administración a otorgar la licencia, sino a que la Administración reúna suficientes elementos de juicio para poder decidir reglamentamente.

⁸⁰ ERICHSEN, Die sogenannten...cit., p.25

ANABITARTE, en la Administración que aplica la ley no hay ningún ámbito exento del control de los Tribunales⁸¹. Lo único a determinar entonces es el grado de intensidad que corresponde a los Tribunales en esa fiscalización (Kontrolldichte). Es necesario admitir que las cláusulas accesorias permiten distintos grados de control por los Tribunales, dependiendo de su configuración normativa (así, si están impuestas por la Ley, o simplemente previstas o autorizadas por ésta). Pero la graduación en la fiscalización no determina, en mi opinión, la distinción entre cláusulas "iuris" y cláusulas accesorias. La cláusula "iuris", en realidad, no es fiscalizable (si es una decisión de la Ley); lo controlable es la cláusula accesoria, que es donde hay decisión o valoración administrativa. Se puede afirmar como principio que el grado menos intenso de control se da en la decisión discrecional⁸² (y así, en la cláusula accesoria dispuesta discrecionalmente por la Administración), donde el Tribunal sólo debe juzgar si la decisión de la Administración resulta admisible, tolerable⁸³. En la concreción de conceptos técnicos, o integración de conceptos normativos indeterminados, la fiscalización judicial es más intensa,

⁸¹ GALLEGO ANABITARTE, Derecho General...cit., p.261; del mismo autor, Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad, en Derecho Administrativo, programa y guía para su estudio, Universidad Autónoma de Madrid, 1985, pp.13 y ss. Y del mismo autor con DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.326-330

⁸² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.330; SCHMIDT-ABMANN, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Ob.cit., art. 19 IV, párr.188

⁸³ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.330; no se acepta la afirmación de FERNÁNDEZ FARRERES en el sentido de que el Tribunal puede llegar hasta la esencia de la decisión discrecional (La subvención...cit., p.645)

pero no agota la decisión administrativa⁸⁴. Cuando la norma utiliza conceptos normativos indeterminados no está atribuyendo competencia a los jueces; una norma indeterminada puede ser inconstitucional (por infringir los límites materiales de la reserva de ley o el principio de seguridad jurídica), pero ese déficit del legislador no se debe llenar por la jurisprudencia⁸⁵; o mejor, no hay razón para que sea la jurisprudencia y no la Administración quien complete las limitaciones del legislador, al menos en un Estado donde todos sus órganos reciben competencias de la Constitución. En suma, se trata de que tampoco la actuación absolutamente vinculada de la Administración (así, cláusula accesoria de obligatoria inclusión en un acto) sea sustituida por el juez, aunque otra cosa parece deducirse de nuestra jurisprudencia⁸⁶. La fiscalización judicial es compatible con

⁸⁴ GALLEGU ANABITARTE, *Derecho General...*, cit., p.261. Según SCHMIDT-ABMANN (en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, *Ob.cit.* art.19 IV, párr.92), los criterios (y límites) de fiscalización judicial para las "facultad de decisión en la interpretación de un concepto" (begriffsinterne Letztentscheidungsbefugnis) son: 1.Si la Administración siquiera ha identificado el concepto a aplicar; 2.Averiguación total de la situación de hecho; 3.Respeto a las normas de procedimiento; 4.Respeto a patrones generales de valoración; 5.Ausencia de influencia de consideraciones ajenas al asunto a decidir. En otro sentido, DREIER (*Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat*, Tübingen, 1991, p.189) llega a la conclusión de que los Tribunales se sirven de las mismas técnicas para la fiscalización de la discrecionalidad y de la interpretación de conceptos jurídicos indeterminados. Como ha señalado RAUSCHNING (*Ob.cit.*, pp.203-204), un control judicial demasiado exhaustivo, en relación con los conceptos normativos indeterminados, no sirve necesariamente a la tutela judicial efectiva: extensión ilimitada del proceso; gastos periciales redundantes.

⁸⁵ ERICHSEN, *Die sogenannten...*, cit., p.26

⁸⁶ En STS 7 marzo 1989 (Az.1775), el Tribunal fija directamente, a partir de informe de Aparejador Municipal, las medidas correctoras a incluir en la licencia de apertura inválidamente denegada. Lo mismo en STS 11 mayo 1990 (Az.4063): medidas correctoras decididas por el Tribunal sobre informe de perito.

el reconocimiento de facultades de valoración, pronóstico y ponderación de la Administración.

d) Que el concepto de cláusula accesoria no es incompatible con el de acto reglado lo prueba, en Derecho alemán, el art. 36 I VwVfG, que prevé las cláusulas accesorias en actos reglados para dos supuestos: cuando así lo disponga una norma jurídica y cuando la cláusula accesoria sirva para asegurar que se cumplen los requisitos necesarios para que el acto administrativo sea dictado. De ello resulta que cláusula accesoria y acto administrativo reglado no son conceptos incompatibles.

Los resultados de la exposición anterior son:

a) La "cláusula iuris" es un concepto restringido. Sólo se refiere a las cláusulas del acto que se limitan a repetir el contenido de la norma, que no disponen nada por sí mismas, ni tan siquiera concretan conceptos normativos indeterminados. Y por ello, su no constancia expresa en el texto del acto no limita los efectos de la norma.

b) La cláusula accesoria no refleja una voluntad de la Administración más allá de las normas, es en todo caso aplicación de Derecho. En la cláusula accesoria siempre se plasma un cierto poder decisorio, de valoración o de ponderación de la Administración, según la formulación de la norma. En ocasiones la ley sólo deja a la cláusula accesoria un ámbito de concreción o de integración de conceptos normativos indeterminados (normalmente, pero no exclusivamente, en actos reglados); otras veces la ley deja un amplio margen de apreciación a la Administración (normalmente, en actos discrecionales). Y En ambos casos los Tribunales podrán controlar la inclusión de las cláusulas accesorias, si bien con distinto grado de intensidad.

CAPITULO 3:

TERMINO.

I. Concepto y clases.

El término es un día cierto, ha de venir necesariamente, aunque se ignore cuándo (art.1125 C.c). Este momento cierto determina la eficacia del acto administrativo. El art. 36 II 1 VwVfG define el término como " Cláusula que determina el preciso momento en que un beneficio o un gravamen se inicia, termina, o el espacio de tiempo en el que perdura". Lo propio del término es la fijación de un momento seguro en el tiempo. Ese momento puede ser una fecha. Pero también puede ser un hecho que con seguridad ha de acontecer, aunque aún no se sepa cuándo ("certus an incertus quando": art.1125 C.c); así, la muerte de una persona (segura, pero sin fecha fija)¹. Lo difícil aquí es determinar cuando un hecho es de segura concurrencia². Por lo demás, sólo se hace referencia aquí al término que la Administración fija en el acto, se excluyen los supuestos en que la propia norma fija la eficacia temporal del acto; no se trata, entonces, de términos³, sino más bien de plazos legales, cláusulas "iuris", que son

¹ Los mismos conceptos en la doctrina del acto administrativo en Alemania: SCHACHEL, Ob.cit., p.22; OBERMAYER, Kommentar..., cit., p.577; KOPP, VwVfG, cit., p.569; entre los civilistas, M.WOLF, Ob.cit., p.1248. Opinión contraria, MEYER/BORGS, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2.Ed., 1983, art. 36, párr.14

² Según BVerwGE 60,269, hay término cuando "...según juicio humano se puede contar con la producción (de un hecho)", vid. KNACK, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2.Ed., 1982, p.435. También BVerwGE, DVBl 1981,263

³ Otto MAYER, Deutsches.. I, cit., p.248; KORMANN, Ob.cit., p.146; KOPP, VwVfG, cit., p.570

eficaces aunque no consten en el acto y el particular desconozca su existencia⁴.

Con la fijación de un término se busca mitigar los efectos negativos de un acto de gravamen o reducir un beneficio excepcional⁵.

Se distinguen tres tipos de términos: término inicial, término final y plazo⁶. El término inicial⁷ (Anfangstermin) o término suspensivo⁸ (Aufschiebende Befristung) determina el momento en que el acto administrativo comienza a surtir efectos. El término final (Endtermin) o término resolutivo (Auflösende Befristung) fija el momento en que la eficacia del acto se extingue. El plazo fija un espacio de tiempo en el cual el acto administrativo es eficaz. El sistema conceptual es unánime en la doctrina administrativa⁹.

II. Relación entre término y acto administrativo.

Sobre la relación entre el término y el acto administrativo al que se vincula caben varias explicaciones.

⁴ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.36, párr.10 a); en contra: STS 16 octubre 1991 (Az.7838)

⁵ KNACK, Ob.cit., p.436

⁶ GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.340

⁷ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.216; FERNÁNDEZ DE VELASCO, Ob.cit., p.238

⁸ PUIG BRUTAU, Fundamentos...Tomo I, vol.II, cit., p.113

⁹ WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.37 III; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.577; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.412. Entre los civilistas, M.WOLF, Ob.cit., p.1248.

a) Según una primera explicación, el término es un elemento estructural del acto administrativo, es parte principal del acto administrativo, tanto como lo que permite, concede, prohíbe u ordena¹⁰. Aquí se refleja el concepto de "término esencial" acuñado en Derecho civil. Calificar al término como contenido esencial del acto determinará que aquél pueda comunicar sus vicios al resto del acto administrativo (vid. infra Cap.15 II B).)

b) Según una segunda explicación, el término es elemento propriadamente accesorio del acto administrativo. Ello significa que su régimen jurídico queda determinado al margen del acto al que modula; sería similar a un "término ordinario del Derecho civil". Y así, la nulidad del término no se comunicaría al acto al que se adhiere.

c) Y por último, una tercera explicación analiza cada término en concreto, resultando así que hay términos "esenciales", y por tanto parte del contenido básico del acto, y términos no esenciales, y en esa medida verdaderas cláusulas accesorias¹¹.

III. Efectos del término.

A) Término inicial.

El acto inicia su eficacia con la llegada del término.

¹⁰ WOLFF/BACHOF, Ob.cit, p.409; GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.341, quienes consideran extraña la configuración del término como cláusula, siendo más bien "contenido básico del derecho"

¹¹ GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.341; en la jurisprudencia alemana: BVerwGE: DVBl 1981,263

Pero según el art 57.2 LRJAP, en relación el 58 LRJAP (con el mismo contenido: art. 43 I VwVfG), el acto administrativo es eficaz desde que es comunicado al particular. Algún autor afirma que en los casos de término suspensivo el acto no es eficaz hasta que llega el término¹². Con un planteamiento más correcto propone STELKENS la distinción entre eficacia formal y eficacia material del acto administrativo. El acto goza de eficacia formal desde que se notifica; y sólo con la llegada del término se inicia la eficacia material. Durante el tiempo de eficacia formal el acto vincula a las partes, y así, la Administración no puede eliminar el acto, salvo con procedimiento de revisión o revocación¹³.

B) Término final o plazo.

La llegada del término final determina la extinción del acto. Pero, ¿Qué es esa extinción?, ¿Es caducidad? El art.78.1 LC trata como supuestos distintos de extinción (de concesión u autorización) el "vencimiento del plazo" (letra a) y la "caducidad" (letra h), con la consecuencia procedimental de que la extinción por plazo no precisa previo expediente administrativo (art.164.2 RC). También el art. 51 LA distingue entre cumplimiento del plazo de la concesión (letra a) y caducidad (letra b), pero en este caso, la llegada del término necesita, para tener efecto extintivo, un previo expediente administrativo (art.51.2 LA). Entonces, la regulación del término final en las nuevas leyes del dominio público se acerca a la explicación de GONZÁLEZ PEREZ, quien trata la llegada del término como un "modo de extinción relativo al título de constitución". No menciona la caducidad, que reserva para los incumplimientos del

¹² KNACK, Ob.cit., p.435

¹³ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.412

concesionario¹⁴

Según GARCÍA-TREVIJANO, el cumplimiento del plazo determina la extinción por "agotamiento del acto"¹⁵. Esta expresión también se encuentra en el Derecho alemán. En la doctrina clásica alemana se dice que el acto se agota (Erlöschung) con la llegada del término final¹⁶. Y esta es la misma expresión que se utiliza para la llegada de la condición resolutoria¹⁷. Esta expresión, agotamiento del acto, también se encuentra en relación con los términos en autorizaciones de industria (art.18 BImSchG).

El art.127 a) LPE dispone que el cumplimiento del plazo para el disfrute de la concesión o autorización demanial da lugar a la declaración de caducidad del acto. Es decir, el efecto extintivo es caducidad, pero como consecuencia de una declaración administrativa.

Vemos pues distintas formas de explicar el efecto extintivo del término. En mi opinión, hay que mantener que el vencimiento del plazo determina caducidad¹⁸: extinción vinculada al transcurso del tiempo o un hecho externo a la

¹⁴ GONZÁLEZ PEREZ, Los derechos reales administrativos, 2.Ed., Madrid, 1989, pp.67 y 72

¹⁵ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.432

¹⁶ KORMANN, Ob.cit., p.147

¹⁷ KORMANN, Ob.cit., p.137. Ello es comprensible a partir de la sistemática del BGB, cuyo art. 163 (Zeitbestimmung) se remite, para los efectos de la llegada del término final, a la regulación de la condición resolutoria (art.158.2 BGB)

¹⁸ Así: GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.376; LAFUENTE, La concesión de dominio público, Madrid, 1988, pp.85 (nota 100) y 87; en relación con la concesión de minas: RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad en el Derecho administrativo español, Madrid, 1993, p.114. Cfr.art.30 R.D 833/1988.

Administración; no es decisión administrativa (como la revocación) sino decisión normativa. Las notas características de esta caducidad serían:

- El término final actúa "ipso iure", sin necesidad de declaración administrativa¹⁹.

- La extinción sólo tiene efectos a futuro.

Ya hemos visto como en Derecho alemán la extinción del acto por cumplimiento de condición resolutoria y la extinción por llegada del término final se explican con el mismo concepto: agotamiento (Erlöschung); solución congruente con su codificación civil. En nuestro Derecho administrativo vamos a afirmar, como principio, que tanto la extinción por término final como por condición resolutoria son caducidad. Aunque hay que reconocer que esta calificación no es clara. Primero, porque la caducidad de Derecho civil (extraña o marginal en el C.c) no sirve ni para el término final²⁰ ni para la condición resolutoria (cuyo efecto extintivo es resolución: art.1114 C.c); es cierto que con anterioridad al C.c. los efectos del término final y la condición resolutoria

¹⁹ Cfr.arts. 78 1 a LC y 164.2 RC; STS 27 noviembre 1990 (Az.9296): licencia para quiosco. En cambio, requiere declaración administrativa: concesión de aguas (art.51.2 LA); concesión de dominio público, según art. 127 a) LPE; licencia municipal para carteles publicitarios (STS 3 marzo 1978). El efecto "ipso iure" es el mismo que dispone el art.1700 C.c. para la llegada del término en el contrato de sociedad. Los mismo resultados, en Derecho alemán: KORMANN, Ob.cit., p.147; en Derecho italiano: LUCIFREDI, Ob.cit., p.189

²⁰ En los manuales de Derecho civil el vencimiento del plazo no se explica como supuesto de caducidad: cfr. PUIG BRUTAU, Fundamentos...Tomo I, vol.II, cit., pp.112 a 118 y DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., pp.216 a 220

se trataban unitariamente²¹, pero no con el concepto de caducidad. Y segundo, porque la caducidad (administrativa) por cumplimiento de condición resolutoria presenta peculiaridades tan importantes que chocan con la propia esencia institucional de la caducidad (vid infra Cap.4 VI).

IV. Prórroga del plazo.

La llegada del término final extingue "ipso iure" el acto administrativo. Por ello, cuando se habla de prórroga se hace referencia en realidad a un nuevo acto administrativo²². Este es un tipo de prórroga distinto al que tiene lugar tras el cumplimiento de una condición resolutoria (cual es el caso del plazo de caducidad), donde no hay novación del acto, sino no declaración de caducidad del acto original (Vid. infra Cap.4 VI C) b) bb).). La prórroga ante el vencimiento del término es una nueva resolución administrativa que vuelve a disponer los efectos de un acto anterior caducado. Lo peculiar de esta prórroga es simplificar el procedimiento administrativo que da lugar a dictar un nuevo acto²³. Bien

²¹ Cfr. SÁNCHEZ ROMAN, Estudios de Derecho civil, Tomo 4., 2.Ed., Madrid, 1899, p.124), que se remite a Partidas 18.8,5 y 9,2,5.

²² KNACK, Ob.cit., p.436; KOPP, VwVfG, cit., art.36, Párr.20. Correctamente, la Sección 7a. Cap.III, Tit.II RDPH lleva por título "Novación de la concesión"

²³ En la doctrina alemana: SCHWARZER, Bayerische Bauordnung mit Erläuterungen, 2.Ed., München 1991 (en relación con el art.78 II BayBO).

El art. 57.6 LA permite a la Administración la prórroga de la concesión para favorecer la amortización de la instalación por el concesionario. Esta prórroga se realiza entonces el margen del procedimiento de adjudicación de nueva concesión. Lo mismo ocurre en el art.51.3 LA (y arts.89.3 y 141 RDPH), donde se habla de una "nueva concesión" de aguas

por eludir la concurrencia de proyectos, bien por simplificar las comprobaciones administrativas²⁴.

La situación jurídica del particular ante la prórroga presenta varias posibilidades:

a) La norma que rige el acto caducado dispone un otorgamiento reglado de la prórroga²⁵. Ahora bien, sólo se puede hablar de un derecho a la prórroga cuando la solicitud no sea contraria a la situación fáctica o jurídica²⁶; no se puede dictar un acto administrativo (y por tanto una prórroga) contra las normas vigentes en el momento en que se solicita.

b) La norma que rige el acto atribuye a la Administración una facultad discrecional de otorgar la prórroga. La discrecionalidad puede venir más o menos vinculada por la propia norma. Y en ningún caso se puede prorrogar contra ley o plan²⁷.

c) La norma no prevé la prórroga, y el acto no se otorgó por el plazo máximo legal. Entonces la Administración goza

para regadío o abastecimiento de población excluyendo el trámite de proyectos en competencia. El que en el primer caso se hable de "prórroga" y en el segundo de "nueva concesión" no altera la situación del particular ni la naturaleza del nuevo acto.

²⁴ Véase, por ejemplo, art.30 R.D. 833/1988

²⁵ Por ejemplo, art. 30 R.D. 833/1988: "La autorización (de gestión de residuos tóxicos) se concederá por un período de cinco años, susceptible de dos prórrogas sucesivas y automáticas..."

²⁶ SCHWARZE, Ob.cit., p.238

²⁷ Cfr.arts. 51.3 LA y 142.1 RDPH (que va más allá del precepto de la ley: art.57.6 LA)

de una facultad discrecional para prorrogar²⁸. Esta facultad sigue siendo discrecional aunque la prórroga se refiera a un acto reglado, pues en este caso el particular sólo tiene derecho a que se otorgue un nuevo acto por el procedimiento legal ordinario, no por el mecanismo simplificado que supone la prórroga.

d) La norma ni autoriza ni prohíbe la prórroga, pero la Administración incluye una cláusula de futura prórroga en el acto (por ejemplo, en la concesión de costas, conforme al art.81.1 LC). No por ello el particular tiene derecho a la prórroga²⁹. Pues su otorgamiento es aplicación de la ley, no cumplimiento de una cláusula de acto. La cláusula de futura prórroga tiene en cambio dos efectos: 1) Constriñe la discrecionalidad administrativa en la denegación de la prórroga solicitada: la Administración no puede cambiar sin más de criterio. 2) Se ha dado lugar a una situación de confianza legítima del particular en ese otorgamiento. Y por ello, una denegación de la prórroga puede dar lugar a responsabilidad administrativa.

e) La norma no prevé prórroga, y el acto ya se había otorgado con el término máximo permitido. La prórroga no es posible³⁰

²⁸ KOPP, VwVfG, cit., art.31, Párr.35

²⁹ STS 29 junio 1990 (Az.5755), concesión en puerto ("contractual"): el hecho de que el título prevea una prórroga no significa que ésta sea reglada. En contra, la anterior STS 24 junio 1960 (Az.2692), aunque en un caso bastante atípico: la Administración había otorgado licencia de apertura con plazo -lo que prohíbe el art. 15 RSCL- pero contemplando una posible prórroga -obligatoria- siempre que el particular la solicitase en un determinado plazo; el TS califica la solicitud de prórroga como una "condición resolutoria", esto es, la extinción de la licencia depende de que el particular no solicite la prórroga en un determinado plazo.

³⁰ KOPP, VwVfG, cit., art.31, Párr.33

f) La norma prohíbe expresamente la prórroga. Es el caso de los arts. 80.3 RBEL³¹ y 81.1 LC.

Al ser la prórroga un nuevo acto administrativo, su otorgamiento se rige por las normas vigentes en el momento de solicitarse aquélla, no por las que regían el acto caducado. Por ello, el contenido de la prórroga no ha de ser idéntico al del acto extinguido, pues nuevas circunstancias pueden exigir la inclusión de nuevas cláusulas³². Esta solución es distinta, como veremos, a la prórroga del acto por cumplimiento de condición resolutoria.

V. Actos administrativos en cadena.

Con una visión pragmática, la Administración se sirve del término para asegurarse, con fecha fija, la posibilidad de un cambio de criterio o para prevenir un cambio de circunstancias³³. El acto se extingue con la llegada del término. Entonces el particular debe solicitar una nueva resolución. Si no han cambiado las normas, las circunstancias, o los criterios de oportunidad, la Administración dictará un nuevo acto. Si hay algún cambio, simplemente se denegará la solicitud. Este encadenamiento de actos tiene sentido cuando éstos son de estructura rígida, reacios a posteriores modificaciones.

³¹ Vid. STS 1 mayo 1989 (Az.3631)

³² En consecuencia, tanto la "prórroga" de la concesión del art. 57.6 LA como la "nueva concesión" del art. 51.3 LA tienen que ser conformes con los Planes Hidrológicos vigentes (tanto el Nacional como el de cuenca).

³³ Otto MAYER, Deutsches...I, cit, p.249; KLOEPFER, Kettenverwaltungsakte und Widerrufsvorbehalt, DVBL 1972, pp.371-372; SCHIMMELPFENNIG, Vorläufige Verwaltungsakte, München, 1989, p.114

Con el encadenamiento de actos, en cualquier caso, se genera un beneficio económico para la Administración: la tasa por el nuevo acto administrativo (así, por licencia municipal:art.20 LHL) o el impuesto vinculado con el otorgamiento de nuevos actos (por ejemplo, art. 101 y ss LHL: Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras).

Con los actos en cadena la Administración elude la reglas de la revocación³⁴:

- La revocación, tanto con reserva como sin ella, está sujeta a límites formales (procedimiento) y materiales (límites normativos a la facultad discrecional de revocar). Frente a ello, el término actúa sin límites.

- La llegada del término en ningún caso a da lugar a indemnización, frente a la revocación (con o sin reserva), que en ocasiones si la exige. El particular conoce la existencia de un término final del acto, por tanto no se puede crear confianza legítima en la permanencia del acto. Y al no haber situación de confianza legítima, tampoco es exigible una indemnización³⁵.

³⁴ Obsérvese este hecho comparando dos regulaciones de licencias de actividad. El art. 65 R.D. 833/1988 regula una autorización "provisional" o experimental (hasta fecha fija) para actividades con residuos tóxicos. Expirado el plazo de esta licencia, el particular debe solicitar una autorización definitiva, que no le será otorgada si la Administración comprueba que las medidas correctoras instaladas no son eficaces. Una regulación distinta se encuentra en el art. 12 BImSchG, donde se autoriza a que la Administración incluya una reserva de revocación en la autorización de apertura, para el caso de que se compruebe que las medidas correctoras instaladas no son eficaces. En el primer caso citado, la comprobación de la eficacia de las medidas se consigue sometiendo la autorización a término final; en el segundo caso, mediante una reserva de revocación.

³⁵ KLOEPFER, Kettenverwaltungsakte...cit., p.373, en tono crítico.

- La revocación es un acto administrativo, y por tanto inmediatamente impugnable por el particular. En cambio, la denegación de una prórroga o un nuevo acto puede ser por silencio negativo, con lo que se retrasa la tutela judicial del particular.

- La anulación judicial de una revocación restablece la situación jurídica del interesado. En cambio, cuando un Tribunal anula la denegación del nuevo acto solicitado no se restablece automáticamente la situación favorable anterior, pues ésta ya se había extinguido "ipso iure"³⁶.

Resulta entonces que el término se convierte en un instrumento flexible de revocación. La corrección a esta instrumentalización del término tiene dos vías:

a) En el momento de inclusión del término en el acto. Cuando la Administración puede optar entre un término y una reserva de revocación, se debe incluir esta segunda.

b) En el momento de resolver sobre un nuevo acto. La Administración tiene recortado el poder de denegar los sucesivos actos de la cadena. Tanto en relación con actos reglados³⁷ como discrecionales. En estos últimos, la existencia de actos anteriores con el mismo contenido limita el poder de denegar, bien por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad³⁸, bien por vinculación de

³⁶ KLOEPFER, Kettenverwaltungsakte...cit., p.374

³⁷ Una posibilidad, según KLOEPFER (Kettenverwaltungsakte...cit., p.374), sería limitar el poder de denegación a un cambio de circunstancias objetivas o un cambio normativo. Por tanto, no por cambio de criterios administrativos.

³⁸ El precedente administrativo vincula a la Administración. Pero no en virtud del principio de igualdad (pues no hay varios sujetos) sino del principio de interdicción de la

70 b.

la discrecionalidad por medio del principio de seguridad jurídica (confianza legítima del particular en un nuevo acto encadenado)³⁹. Se trata, en suma, de extender el régimen de la revocación de actos a la denegación de nuevos actos encadenados⁴⁰.

arbitrariedad (KLOEPFER, Kettenverwaltungsakte..., cit., p.376). En este supuesto se muestra útil la distinción de la CE entre principio de igualdad (art.14) y de interdicción de la arbitrariedad (art.9.3), defendida por GARCÍA DE ENTERRIA, ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota, RAP, 124 (1991), p.225

³⁹ KOPP, VwVfG, cit., art.48, párr.15; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.412, si bien éstos últimos limitan decididamente el ámbito de aplicación de este principio: actos rutinariamente sometidos a plazo y actos muy reiteradamente otorgados

⁴⁰ Esta parece ser la solución de la STS 6 mayo 1992 (Az.3486): "La no renovación de la autorización administrativa...(tiene por objeto)...la revocación de un acto discrecional...". El mismo resultado, en KLOEPFER, Kettenverwaltungsakte..., cit., p.378; en contra: STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.,412; KOPP, VwVfG, cit., art.48, párr.15

CAPITULO 4: CONDICIÓN

I. Concepto.

Siguiendo el art. 1.113 C.c, la condición es un "suceso futuro e incierto"¹. De este suceso se hace depender la eficacia del acto administrativo². Y así se recoge también en el art. 36 II 4 VwVfG ,que define la condición del acto administrativo: "determinación, según la cual el inicio o fin de una beneficio o gravamen depende de la desconocida concurrencia de un hecho futuro". Las notas características de la condición son la incertidumbre y la futuridad.

La aleatoriedad, esto es, la "desconocida concurrencia" o incertidumbre, es lo que distingue la condición del término. En la condición no hay seguridad de si un hecho va a tener lugar o no, y por tanto el beneficio o gravamen del acto administrativo condicionado se encuentran en una verdadera situación de pendencia (Schwebezeit)³. El hecho incierto que da contenido a la condición se puede presentar de varias formas:

i) "Incertus an, incertus quando": se desconoce si se va a producir un hecho, ni cuándo.

ii) "Incertus an, certus quando": se desconoce si en un momento temporal concreto va a producirse un hecho (P.ej.:si

¹ PUIG BRUTAU, Fundamentos...cit., p.91

² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.341; BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.174

³ SCHACHEL, Ob.cit., p.24; MEYER/BORGS, Ob.cit., p.413

el 1 de enero el Gobierno ha remitido a las Cortes los Presupuestos Generales del Estado).

Existe incertidumbre cuando la producción de un hecho seguro es indeterminada para un concreto período de tiempo; por ejemplo, la muerte durante un determinado año (el hecho es seguro, pero se desconoce si tendrá lugar en ese concreto espacio de tiempo)⁴. No se da la exigencia de aleatoriedad, en cambio, cuando el hecho condicionante es de imposible concurrencia; entonces no hay desconocimiento, sino ciencia cierta, y por tanto no estamos propiamente ante una condición (cfr. art. 1116 C.c.)⁵ Tampoco hay incertidumbre cuando un suceso ha de acontecer necesariamente, aunque se desconoce cuándo (el art.1125.2 C.c. lo considera un tipo de término).

La segunda nota característica de la condición es su referencia a un hecho o suceso futuro. El art. 1113.2 C.c. admite que se trate de un "suceso pasado que los interesados ignoren". El Código civil admite por tanto la incertidumbre subjetiva ("Conditio in praeteritum colata")⁶.

La asunción de este criterio para el acto administrativo no es evidente. Pues sobre un acontecimiento pasado existe incertidumbre en la medida en que no se ha averiguado suficientemente la situación fáctica. Dictar un acto administrativo con condición referida al pasado es una forma

⁴ MEYER/BORGS, Ob.cit., p.290

⁵ ALBALADEJO, Derecho civil I, vol.2, 9.Ed., Barcelona, 1985, p.185; y solución clásica de VON SAVIGNY (System...III, cit., p.122)

⁶ MONTES, Ob.cit., pp.1000-1001. En contra: ALBALADEJO, Ob.cit., p.185: la incertidumbre es inseparable de la futuridad. En ello es acorde con la doctrina alemana: M.WOLF, Ob.cit. p.1219.

HEFERMEHL (Ob.cit., p.354) excluye la catalogación de estos supuestos como condición (por carecer de objetividad), pero admite su existencia, proponiendo la aplicación analógica de los preceptos del BGB que regulan la condición.

de no resolver, lo que prohíbe el art. 42.1 LRJAP⁷. Pero los resultados de este planteamiento pueden determinar un gravamen desproporcionado para el particular: dilación excesiva de un procedimiento por la necesidad de conocer todas las circunstancias de hecho. Por esta razón parece preferible aceptar la condición de pasado, aunque suponga un sacrificio -parcial- del principio de resolución expresa en el expediente.

Al igual que en el caso del término, el Derecho administrativo recibe aquí elaboraciones doctrinales del Derecho privado. Esta recepción, sin embargo, no está exenta de dificultades y nunca llega a ser total. Es OTTO MAYER quien, tras definir la condición según la tradición civilística, afirma que tal definición no vale para el Derecho Administrativo⁸. Con ello rechaza la eficacia automática de la condición (producción del hecho condicionante-cesación de efectos del acto administrativo) y propone para el Derecho administrativo la continua presencia del principio de proporcionalidad, que negaría la eficacia automática de la condición y concedería a la Administración facultad para determinar otras consecuencias jurídicas. En esta formulación está presente el ámbito material en que se estudia la condición: las autorizaciones de policía, donde OTTO MAYER hace primar, por encima de todo, la proporcionalidad como necesario contrapeso de la pérdida de

⁷ A este resultado llega la doctrina alemana a través del ar. 37.1 VwVfG que ordena que los actos administrativos sean suficientemente determinados: SCHACHEL, Ob.cit., p.25; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.579; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., ar.36, párr.12; SCHWARZE en KNACK, Ob.cit., art.36 Párr.3.1.6; SCHIMMELPFENNIG, Ob.cit., p.117.

⁸ Otto MAYER, Deutsches.. I, cit., p.250; Y sobre éste último autor, véase también ELSTER, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, Göttingen, 1979, p.27

libertad que supone el sometimiento a la autorización de policía. Además, los tipos concretos de cláusulas accesorias no están aún totalmente perfilados en OTTO MAYER, siendo frecuente la referencia genérica a "condicionamientos", donde aún no está acabada la distinción entre condición y modo. Sólo incidentalmente identifica OTTO MAYER la "condición auténtica" cuando "con ella la autoridad persigue otros objetivos que los de policía que le están asignados"⁹. También KORMANN (discípulo de OTTO MAYER y civilista, antes que iuspublicista), aun aceptando el concepto de condición del Derecho privado le otorga una función distinta para el Derecho público, aunque no explica cuál¹⁰.

También, como en el caso del término, se plantea la relación entre la condición y el acto administrativo. En Derecho Civil se afirma que sólo hay una declaración de voluntad unitaria, no una primera declaración de voluntad acompañada de una restricción¹¹. En Derecho Administrativo es criterio común que la condición forma parte del acto administrativo, es un componente más de su contenido. Por ello, sólo con reservas se puede llamar a la condición "cláusula accesoria"¹².

⁹ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.250. Esta definición sería mucho más adecuada para el modo.

¹⁰ KORMANN, Ob.cit., p.135

¹¹ MONTES. Ob.cit. p.1015; HEFERMEHL, Ob.cit., p.354

¹² KORMANN, Ob.cit., p.137; FORSTHOFF, Ob.cit., p.214; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.409; KNACK, Ob.cit., p.435; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.342.

II. Clases

En el Código civil existe una doble distinción. Por un lado, condiciones potestativas (arts. 795; 800 y 1115 C.c.) casuales y mixtas (art. 796 C.c.)¹³. Por otro lado, condiciones suspensivas o resolutorias (art. 1114 C.c.). Este esquema se puede mantener para el acto administrativo¹⁴.

A) Casual o potestativa.

El carácter casual o potestativo de una condición depende del hecho futuro (o pasado e ignorado) sobre el que se construye: la condición casual se refiere a un hecho ajeno al interesado (como un suceso económico); la condición potestativa exige un comportamiento, activo o pasivo, del receptor del acto administrativo. Esta segunda, la condición potestativa, también llamada "inauténtica", ha sido tradicionalmente discutida en Derecho civil¹⁵; en Derecho Administrativo está hoy generalmente aceptada¹⁶.

¹³ PUIG BRUTAU, Fundamentos...cit., p.102; MONTES, Ob.cit., p.1049

¹⁴ BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.174; en Derecho alemán: SCHACHEL, Ob.cit., p.25; OBERMAYER, Kommentar, cit., p.578

¹⁵ LARENZ, Allgemeiner...cit., p.494. El Código civil español (art. 1256) sólo se opone en realidad a que el cumplimiento de una obligación quede dependiente de la voluntad del deudor - o acreedor/deudor en las relaciones sinalagmáticas - ; no se opone a que el cumplimiento se condicione a la voluntad del acreedor (PUIG BRUTAU, Fundamentos...cit., p.105)

¹⁶ WOLFF/BACHOF. Ob.cit., p.409; KNACK, Ob.cit. p.436; KOPP, VwVfG, cit., p.570; MAURER, Ob.cit., p.274. También la jurisprudencia alemana: BVerwGE 29,261

B) Suspensiva o resolutoria.

La segunda clasificación se refiere a los efectos de la condición sobre el acto administrativo del que es parte. La condición suspensiva paraliza los efectos del acto administrativo hasta la producción del hecho futuro e incierto. La condición resolutoria provoca el cese de efectos de un acto, con la producción del hecho futuro e incierto. En la práctica administrativa, los dos tipos de condiciones permiten la superación de situaciones en que es dudosa la oportunidad de dictar un acto administrativo¹⁷ o cuando no concurren todos los requisitos normativos para que el acto sea dictado; la condición suspensiva, porque resta eficacia a un acto ya existente, en tanto no se superen las últimas objeciones para que el acto sea dictado; la condición resolutoria, porque puede prever la concurrencia de nuevas circunstancias, bajo las cuales el acto administrativo debe dejar de producir efectos¹⁸. La importancia de la condición resolutoria está directamente relacionada con el sistema de revocación de actos administrativos de cada Ordenamiento. En el caso español, la existencia de un poder de revocación o modificación ante un cambio de circunstancias objetivas, sin indemnización (arts: 16 RSCL; 63a LA; 77a LC; 81.8 LGP), supone la innecesariedad, en muchos casos, de incluir condiciones resolutorias casuales expresas.

No siempre es fácil la distinción entre condiciones resolutorias y suspensivas. Incluso hay casos en que un mismo

¹⁷ SCHIMMELPFENNIG, Ob.cit., p.115. "Mutatis mutandis", la misma consideración para Derecho civil: M.WOLF, Ob.cit., p.1219; BLASCO GASCO, Cumplimiento del contrato y condición suspensiva, Valencia, 1991, pp.63 y 67

¹⁸ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.580

hecho puede condicionar suspensiva y resolutoriamente¹⁹. Para el caso de que la hermenéutica no consiga aclarar de qué clase de condición se trata se proponen dos criterios²⁰:

- a) La más beneficiosa para el particular (que normalmente será la resolutoria)²¹
- b) Nulidad de la condición.

III. El plazo de caducidad como condición.

En la práctica es frecuente que ciertas licencias (así las de edificación) incluyan una cláusula temporal de caducidad. Puede presentar varias formas:

- a) El derecho que el acto otorga o reconoce ha de comenzar a ejercerse en un plazo determinado²². Hay que determinar

¹⁹ En Derecho civil: MONTES, Ob.cit., p.1048. En el caso de DCE 1483/91/RL (referencia del original) una concesión de dominio público estaba suspendida hasta la instalación del sistema de evacuación de aguas aprobado; pero al no llegar a instalarse ese sistema se declara la caducidad de la concesión (había, por tanto, condición resolutoria). Y también el art. 10 R.D 833/1988 regula una autorización de producción de residuos con condición resolutoria-suspensiva: "4.La efectividad de las autorizaciones quedará subordinada al cumplimiento de todas las condiciones y requisitos establecidos en las mismas, no pudiendo comenzarse el ejercicio de la actividad hasta que dicho cumplimiento sea acreditado..."

²⁰ MEYER/BORGS, Ob.cit., p.290

²¹ A diferencia del Derecho civil, donde se propone otro criterio: en caso de duda, se trata de condición suspensiva, ya que ésta supone el mínimo grado de vinculación obligacional. M.WOLF (Ob.cit., p.1228) cita como argumento positivo el art. 455 BGB, según el cual en la compraventa de cosa mueble a plazos se entiende que, en caso de duda, la transmisión de dominio queda suspendida hasta el pago total del precio.

²² Cfr. art.11.1 OETLM: las licencias caducarán..."a) Cuando no se hubiera iniciado la ejecución de las actuaciones amparadas por las mismas en el plazo de 6 meses siguientes a la fecha de su

entonces si nos hayamos ante un término o ante una condición potestativa.

b) El derecho declarado debe seguir ejerciéndose sin interrupción por causas propias hasta una fecha determinada.

En el plazo de caducidad lo esencial no es el tiempo, sino la actuación del particular durante ese plazo. Según WOLFF/BACHOF, lo propio del plazo de caducidad es que "fundamenta" la pérdida de un derecho, pero no la decide; frente a la llegada del término, que si determina la pérdida del derecho²³. De acuerdo con sistema conceptual de este estudio, estamos ante una condición potestativa resolutoria²⁴. La eficacia del acto queda condicionada a que su beneficiario se sirva eficaz y diligentemente del mismo durante un período de tiempo o antes de una fecha fija²⁵. Este planteamiento se propone también en la doctrina alemana para las autorizaciones de industria con término²⁶.

otorgamiento". El mismo tipo de plazo en la autorización de actividad bancaria: inicio de la actividad en 1 año (art.5 R.D. 1114/1988).

²³ WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.31 III d).

²⁴ El mismo resultado en DE JESÚS/LONGAS, El instituto de la caducidad de las licencias de obras, RDU 109 (1988), p.121.

También en Derecho Civil la condición resolutoria puede contener en sí un término: evento incierto durante un determinado período de tiempo (MONTES, Ob.cit., p.1003)

²⁵ El mismo resultado en LÓPEZ PELLICER, Ob.cit., p.91, nota 30

²⁶ El art. 18 I 1 BImSchG determina que la autorización de industria se extingue cuando "No se ha comenzado con la construcción y puesta en funcionamiento de la instalación en un plazo adecuado fijado por la Administración". Según LANDMANN/ROHMER (Umweltrecht, Band I: Kommentar zum Bundes-immissionsschutzgesetz, actualización: 1.Octubre 1991, art.18, párr.13) estamos ante una condición resolutoria, no un término final (Igual: JARASS, Kommentar zum BImSchG, München, 1983, art.18, párr.2). En contra FELDHAUS (Bundes-immissionsschutzrecht,

Como condiciones resolutorias potestativas hay que tratar ahora, por tanto, el "plazo de finalización" de la licencia de edificación, según el art. 35 LS. El "plazo" no es el término final de la licencia, sino el lapso en el que el propietario debe servirse eficaz y diligentemente del contenido autorizatorio del acto²⁷.

IV. Falsas condiciones

No forman parte del concepto de cláusula accesoria condicional, suspensiva o resolutoria, las siguientes figuras²⁸:

A) "Conditiones iuris".

Son exigencias o requisitos que provienen directamente de la norma, no los crea la Administración; y ello con independencia de que en el texto formal de un acto administrativo se haga recordatorio de los requisitos o exigencias de la ley²⁹. Es propio de la "conditio iuris" el afectar a la eficacia de del acto perfecto. Esto es, estamos ante un requisito de eficacia, no de validez del acto

2.Ed. Wiesbaden, actualización: junio 1987, art.18, párr.3), que sostiene que se trata de un término.

²⁷ En contra, en Derecho de policía urbanística de Baviera, SCHWARZE (Ob.cit., p.238) califica como término el tiempo de vigencia de la licencia de obras (Geltungsdauer).

²⁸ Siguiendo la elaboración de VON SAVIGNY (System...III, cit., pp.122 y ss.); en Derecho civil español, con supuestos muy similares: ALBALADEJO, Ob.cit., p.185

²⁹ KORMANN, Ob.cit. p.136; SCHACHEL, Ob.cit. p.26; KNACK, Ob.cit., p.436; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.579; KOPP, VwVfG, cit., pp.570-571. Para Derecho civil también M.WOLF, Ob.cit., p.1218 y HEFERMEHL, Ob.cit., p.354

administrativo³⁰

Un supuesto típico civil de "conditio iuris" es la autorización de tercero a un negocio jurídico ya celebrado³¹. Su parangón natural en Derecho administrativo es la exigencia legal de concurrencia de varias autoridades en la concreción de la situación jurídica del particular (Mehrstufige Verwaltungsakte). Mas hay que distinguir varios supuestos, pues no todo son "conditio iuris":

a) Una autoridad dicta un acto, pero en el procedimiento de su elaboración han de concurrir otros órganos administrativos, aunque sin poder decisorio (Así, informe preceptivo no vinculante). El contenido de esa intervención administrativa interna, al no ser decisoria para el particular, no puede ser por él directamente impugnada³². Si falta esta concurrencia de otro órgano administrativo (con informe, propuesta, audiencia, etc.) estamos ante un acto inválido, sea o no sanable dicha invalidez. No se trata, por tanto, de una condición de eficacia del acto administrativo, sino de su propia existencia. Aquí no hay "conditio iuris".

b) Una autoridad dicta un acto, pero precisa la actuación previa conforme (propuesta o informe favorable/vinculante³³, autorización³⁴) de otro órgano administrativo. Sólo hay un acto administrativo con eficacia para el particular. El informe, aun vinculante, es acto de

³⁰ STS 18 noviembre 1967 (Az.4750). Para Derecho civil: PUIG BRUTAU, Fundamentos...cit., p.93; LARENZ, Allgemeiner...cit., p.495; M.WOLF (Ob.cit., p.1218) califica como "conditio iuris" las autorizaciones administrativas que determinan la eficacia de un negocio inter partes.

³¹ LARENZ, Allgemeiner...cit., p.495. Arts. 184 y 185 BGB

³² OBERMAYER, Kommentar...cit., p.572; KOPP, VwVfG, cit., art.35, párr.41

³³ BOQUERA (Estudios...cit., p..208) distingue entre informe favorable (declaración de voluntad con sentido propio, decisión) e informe (preceptivo) favorable (causa de una acto subsiguiente)

³⁴ BOQUERA, Estudios...cit., p.214

trámite, actuación interna de la Administración³⁵. Pues la resolución administrativa se define por sus efectos sobre el particular, no por la pluralidad de poderes de decisión³⁶. Y el informe, propuesta o autorización es judicialmente controlable a través de la resolución a que da lugar; sólo independientemente cuando "determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión" (art.107.1 LRJAP).³⁷ Aquí el acto previo de trámite (propuesta, etc.) afecta a la validez del acto administrativo, no condiciona su eficacia. No estamos ante una "conditio iuris".

c) Una autoridad dicta un acto que precisa de la autorización superior o conformidad de otro órgano administrativo. La conformidad del segundo órgano puede darse o no, según propios criterios de apreciación o en ejercicio de tutela de legalidad. La autorización o conformidad no es un acto administrativo independiente³⁸ ni un requisito de validez del acto. Su función es condicionar la eficacia interna de un acto ya existente (cfr.art.57.2 LRJAP)³⁹. Es

³⁵ BOQUERA (Estudios...cit., p.207): "el informe vinculante constituye, pues, una de las voluntades integrantes de un acto complejo"

³⁶ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.35, párr.93

³⁷ En la doctrina administrativa alemana se reconocen varios supuestos en que la actuación de una autoridad en un procedimiento gana naturaleza de acto independiente:

1.Cuando la actuación de esta autoridad (informe etc) es en ejercicio de un ámbito competencial exclusivo (STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.35, párr.93; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.102)

2.Cuando la actuación de ese órgano es notificada directamente al interesado o comunicada junto con la resolución final (WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap. 46 V c 2; KOPP, VwVfG, cit., art.35, párr.41)

3.Cuando la actuación de un órgano administrativo prejuzga o vincula la decisión de otro (KOPP, VwVfG, cit., art.35, párr.41; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.569: el suspenso en el permiso de conducción, acordado por una comisión de evaluación, que vincula la decisión de la autoridad de tráfico).

³⁸ KOPP, VwVfG, cit., art.35, párr.41 (aunque admite excepciones)

³⁹ BOQUERA, Estudios...cit. pp.215-217; SSTs: 11 septiembre 1981 (Az.589); 13 septiembre 1983 (Az.5719). Vid. FABREGAT, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1989, p.279

por tanto una "conditio iuris"⁴⁰

d) Dos órganos administrativos tienen distintos poderes decisorios, aunque concurren sobre un mismo objeto material. Cada decisión sigue su propio procedimiento administrativo y acaba en un acto administrativo. Pero estas dos decisiones independientes pueden estar encadenadas en su eficacia: la norma exige, para que un acto administrativo sea internamente eficaz, que conste la existencia de otro acto administrativo. Aquí hay "conditio iuris"⁴¹.

Ciertamente que entre estos supuestos hay una opción normativa, que a su vez responde al nivel de eficacia de cada Administración. Cuando dos autoridades concurren sobre un mismo objeto material se pueden articular sus decisiones integrando una sola resolución final o encadenando la eficacia de dos actos independientes.

B) Exigencias materiales naturales: la licencia de apertura de un establecimiento comercial depende, obviamente, de la propia existencia física del establecimiento⁴²

V. Efectos de la condición.

Ya ha quedado dicho arriba que la condición determina el momento en que el acto administrativo comienza a surtir efectos (condición suspensiva) o cesa en su eficacia (condición resolutoria). Esta formulación es una simplificación, tras de la cual se hallan agudas cuestiones dogmáticas.

⁴⁰ VILLAR, La intervención...cit., p.369

⁴¹ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.579.

⁴² Otto MAYER, Deutsches...I, cit. p.249 (en la tercera edición, de 1924, cita a KORMANN -cuya obra es de 1910- por la página 139, donde propiamente se habla del "modus iuris", no de la "conditio iuris". A estos supuestos de falsa condición llamaba VON SAVIGNY "condición tácita" (System...III, cit., p.122)

A) Eficacia interna/externa del acto administrativo.

Se trata, en primer lugar, de aclarar qué significa eficacia del acto administrativo. Según los artículos 57.2 y 58.1 LRJAP las resoluciones que afecten a derechos e intereses de los interesados sólo son eficaces a partir de su notificación. La misma regulación sienta el art. 43 I VwVfG. Y si desde ese momento el acto es eficaz, ¿Qué consecuencias trae entonces una condición suspensiva?

En Derecho civil se distingue entre una eficacia externa y una eficacia interna del negocio jurídico. Éste surte efectos desde que se perfecciona con la voluntad de las partes, con independencia de que el objeto de las obligaciones, esto es, las prestaciones, queden en suspenso hasta la llegada de un hecho futuro e incierto⁴³. Estos efectos primarios del negocio jurídico están dirigidos a proteger el acto mismo y la situación de pendencia que ha creado, en la cual yace la confianza de las partes. Terminológicamente parece más adecuado hablar de "efectos inmediatos" del negocio (Sofortwirkungen) que de "preefectos" (Vorwirkungen), resaltando así la idea de que el acto jurídico ya es eficaz, si bien sus consecuencias se van acompañando en el tiempo⁴⁴.

En Derecho administrativo se distinguen dos niveles de eficacia del acto administrativo. Con distinta terminología se habla de "eficacia inmediata" y "eficacia mediata"⁴⁵;

⁴³ M.WOLF, Ob.cit., p.1231

⁴⁴ LARENZ, Allgemeiner...cit., p.500

⁴⁵ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.324, que considera más acertada la expresión "eficacia inmediata" que la de vigencia, más adecuada para una norma.

"eficacia formal" y "práctica"⁴⁶; o de "eficacia interna" y "eficacia externa" del acto administrativo; la última denominación tiene mayor fortuna en la doctrina y jurisprudencia. La eficacia externa, inmediata o formal del acto administrativo es su mera existencia, su aparición efectiva en la realidad jurídica, que no tiene lugar sino con la notificación al particular⁴⁷. Desde ese momento el acto es impugnabile y la Administración no puede eliminarlo (revocación o revisión) sino en supuestos tasados⁴⁸. La eficacia interna, práctica o mediata puede ser o no simultánea a la eficacia externa; se trata ahora del despliegue de las concretas consecuencias jurídicas que la norma ha predispuesto para ese acto administrativo⁴⁹. Este segundo momento de eficacia (práctica) puede quedar diferido en el tiempo. A ello se refiere el art. 57.2 LRJAP cuando dice que "la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto"; por ejemplo, cuando el acto contiene una condición suspensiva⁵⁰.

STELKENS critica la distinción entre eficacia externa e interna del acto administrativo. Y ofrece a cambio la distinción entre eficacia (Wirksamkeit) y aplicabilidad o virtualidad (Geltung)⁵¹. Otros autores distinguen entre eficacia y "consecuencia jurídica querida" (gewollte Rechtsfolge)⁵², o simplemente distinguen entre la eficacia del acto y el momento en que se inicia el beneficio o

⁴⁶ Crítica a esta distinción, ya en KORMANN, Ob.cit., p.144

⁴⁷ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.324

⁴⁸ KOPP, VwVfG, cit., p.696; KNACK, Ob.cit., pp.530 y 532

⁴⁹ KOPP, VwVfG, cit., p.696; KNACK, Ob.cit., p.531

⁵⁰ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.324

⁵¹ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit. p.290. De "virtualidad" (Geltung; término distinto a "Gültigkeit": validez) también se habla en Derecho civil: FLUME, Ob.cit., p.715

⁵² SCHACHEL, Ob.cit., pp.23 y 24

gravamen que contiene⁵³. Estas clasificaciones, en su fondo y consecuencias, no difieren de la distinción eficacia externa-eficacia interna.

B) Efectos de la condición suspensiva y de la resolutoria.

El cumplimiento de la condición determina el inicio de eficacia del acto (condición suspensiva) o su extinción (resolutoria). Pero, ¿Cómo y con qué efectos? La solución de cada Derecho administrativo es un reflejo de su respectiva legislación civil⁵⁴. En Derecho español se afirma generalmente que la eficacia de la condición es "ipso iure" (automática)⁵⁵ y "ex tunc", desde el momento de perfección del acto (retroactividad). Lo cierto es que el C.c, igual que el patrón francés, no regula unitariamente los efectos de la condición, sino que distingue entre condición suspensiva y resolutoria⁵⁶. Para la resolución administrativa vamos a seguir también esa distinción.

⁵³ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.413; ULE/LAUBINGER, Verwaltungsverfahrensrecht, 3.Éd., Köln, 1986, p.364; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.580

⁵⁴ KORMANN, System...cit., p.137

⁵⁵ ALVAREZ VIGARAY, La retroactividad de la condición, ADC 1964, p.840, nota 44.

⁵⁶ ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.854, nota 14

VI. Efectos de la condición resolutoria.

A) Extinción del acto.

El acto administrativo sometido a condición resolutoria comienza a surtir plenos efectos (tanto externos como internos) desde el momento de su notificación al particular (art. 57.2 LRJAP, en relación con el art. 58.1 LRJAP). Pero estos efectos cesan con la producción del hecho que da contenido a la condición. Según STS 17 junio 1985 (Az.4130): "(las licencias de construcción) aunque sometidas a condición despliegan su eficacia, mientras no se produzca su caducidad por incumplimiento de las condiciones impuestas". Se dice entonces que se extinguen no sólo los efectos internos, sino también los externos⁵⁷: el acto administrativo deja de existir. Y quede claro que decae la eficacia, no la validez del acto⁵⁸

a) Caducidad, resolución, sanción, revocación.

¿Qué es esta extinción? Para la condición resolutoria civil los arts. 1113, 1114 y 1123 C.c. dicen que es "resolución". SÁNCHEZ ROMAN decía, de acuerdo con la jurisprudencia civil anterior al C.c, que el cumplimiento de la condición resolutoria suponía "caducidad"⁵⁹. También la legislación administrativa se refiere a "caducidad"⁶⁰. Determinar los efectos de la caducidad administrativa resulta

⁵⁷ ELSTER, Ob.cit., p.62

⁵⁸ Confunde estos conceptos la STS 27 noviembre 1976 (Az.5969): "...vigencia subordinada a la observancia de las limitaciones o condiciones establecidas en ellas, con sanción de nulidad o ineficacia si se incumplen dichas condiciones"

⁵⁹ SÁNCHEZ ROMAN, Ob.cit., p.126

⁶⁰ Cfr.arts.: 64.1 LA; 162.1 y 165.4 RDPH; 78.1 h) RC; 40.3 RGU

difícil por dos razones:

- El término caducidad se utiliza para referirse a varios conceptos distintos. A veces como sinónimo de extinción; otras para referirse a extinción del acto por causas ajenas a la Administración (incluyendo aquí la desaparición del objeto -p.ej: agotamiento de recurso minero- y la renuncia del destinatario)⁶¹. Afortunadamente, tanto la legislación (art.64 LA; art.79 LC) como la jurisprudencia van reduciendo el concepto de caducidad a la extinción por incumplimiento de condiciones esenciales por el destinatario del acto⁶²

- Cuando la causa de caducidad es el incumplimiento de una "condición" impuesta al destinatario del acto (condición potestativa) el efecto extintivo se explica, frecuentemente, como sanción o revocación.

b) Caducidad no es sanción.

La calificación de sanción se aplica a los supuestos graves de incumplimiento de condiciones⁶³. Siempre que fueran imputables al particular⁶⁴ y hubiera actuación dolosa o negligente de éste⁶⁵. Tal sería el caso de la "retirada definitiva de la licencia (de apertura)" prevista en el art.38 c) RAMINP, bajo el epígrafe general de "Sanciones"

⁶¹ LAFUENTE, Ob.cit., pp.86 y 88

⁶² LAFUENTE, Ob.cit., pp. 89-90; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Caducidad de concesiones hidráulicas, RAP 16, p.267.

⁶³ ALBI, Ob.cit., p.681; y doctrina del Consejo de Estado (vid. la estudiada por LAFUENTE, Ob.cit., p.144)

⁶⁴ TOLEDO JAUDENES, La caducidad de las licencias urbanísticas, RDU 86 (1984), p.93

⁶⁵ TOLEDO JAUDENES, Ob.cit., p.94; RODRÍGUEZ-ARANA, Caducidad...cit., pp.92,104,216,285,

(igual regulación en la Instrucción de 1963); la clausura de establecimiento sería un tipo de sanción administrativa⁶⁶. Y lo mismo para la "resolución" de una licencia de obras, por incumplimiento de sus condiciones⁶⁷.

La confusión proviene del ensamblaje, incluso en el Derecho positivo⁶⁸, de dos órdenes distintos: poder sancionatorio de la Administración y resolución de un acto jurídico. Resulta así que la caducidad, que es resolución de un acto jurídico, se convierte en sanción administrativa. La más intensa. Y al revés: la extinción de un acto (por ejemplo por incumplimiento del concesionario) se evita imponiendo una sanción administrativa.

Pero creo que caducidad y sanción son dos conceptos distintos. Como principio general, no todo acto jurídico gravoso para el particular es sanción⁶⁹. Este criterio es,

⁶⁶ GARRIDO FALLA, Tratado...vol.I, cit., p.148

⁶⁷ LÓPEZ PELLICER, Ob.cit., p.88

⁶⁸ Art. 79.2 LC: "en caso de infracción grave...la Administración podrá declarar la caducidad. "El art. 31 LPMA-Madrid tipifica como "infracción" : 1. La iniciación o ejecución de obras, proyectos y actividades sin licencia o autorización, o sin ajustarse a las condiciones medioambientales impuestas por la Calificación Ambiental". El ejemplo más reciente: Ley 21/1992, de Industria. El Título V de la Ley dice "Infracciones y sanciones", pero luego distingue claramente entre sanciones (art.34), multa coercitiva (ar.35) y suspensión o cierre (art.36)

⁶⁹ Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional, RAP 115, p.228 (cita el art. 38 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, de defensa de los consumidores y usuarios, que excluye expresamente del concepto de sanción la suspensión o clausura de establecimiento). También el Consejo de Estado ha declarado que no toda consecuencia jurídica negativa prevista en el Ordenamiento Jurídico es una sanción amparada por el art. 25.1 CE. En el DCE n.53.506, de 27 de julio de 1989, (N.Marg.139, pp.450 y ss) se aplica esta doctrina a la decisión de reducción de la facturación de un concesionario por deficiencias en la prestación del servicio. El Consejo califica a esas reducciones como ejercicio de potestad tarifaria, no

en mi opinión, aplicable a la caducidad. Así lo afirma LAFUENTE en relación con la caducidad de la concesión demanial (aunque la autora parte del carácter contractual de la concesión)⁷⁰. Creo que el mismo criterio se puede extender a todos los actos administrativos.

La confusión entre caducidad y sanción puede tener un doble origen:

- Por un lado, la extensión ilimitada del concepto de relación especial de sujeción fuera de su ámbito prístino: acentuada relación personal de dependencia de un individuo en relación con el Estado⁷¹. Así ocurre cuando la jurisprudencia declara que el concesionario de dominio público se encuentra en una relación especial de sujeción⁷². Criterio también aceptado en la doctrina⁷³. Pero repárese en el salto: desde contrato de censo enfitéutico⁷⁴, en el Antiguo Régimen, a nada menos que relación especial de sujeción. Con esta "conversión" conceptual se llega sin dificultad a las

sanción. CARRETERO PÉREZ/CARRETERO SÁNCHEZ (Derecho administrativo sancionador, Madrid, 1992, p.154) distinguen la sanción de la "revocación" de un acto por incumplimiento: la sanción está destinada a causar un mal jurídico; la revocación tiene una finalidad de prevención (de policía). Pero esta distinción deja sin explicar otros efectos jurídicos desfavorables que no tienen naturaleza policial (p.ej: caducidad de subvenciones o de concesiones)

⁷⁰ LAFUENTE, Ob.cit., p.144

⁷¹ GALLEGO ANABITARTE, Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración, RAP 34 (1961), p.25

⁷² Vid. PAREJO, en SANTAMARIA/PAREJO, Ob.cit., p.202

⁷³ MARTÍN MATEO, La cláusula de precario en las concesiones de dominio público, RAP 56 (1968), p.95

⁷⁴ Eso era la concesión de aguas: GALLEGO ANABITARTE, en GALLEGO ANABITARTE/DÍAZ LEMA/MENENDEZ REXACH, El Derecho de aguas en España, vol I., MOPU, Madrid, 1986, pp.156-157

sanciones (disciplinarias) dentro de la relación concesional⁷⁵. Y así se llega también a la confusión de conceptos: la potestad sancionadora es elemento de la relación jurídica concesional; la caducidad de la concesión es la más intensa de las sanciones disciplinarias.

- La ampliación de la reserva de Ley, en favor de los ciudadanos. Las sanciones administrativas están inequívocamente cubiertas por la reserva de Ley que expresa el art. 25.1 CE. En cambio, es discutible que la caducidad de un acto administrativo, en tanto consecuencia patrimonial gravosa, pueda estar amparada por el art. 33 CE, y por lo tanto, exigir regulación "de acuerdo con la ley". Es por ello que la caducidad del acto administrativo se extrae de las relaciones económicas y se sitúa dentro de las sanciones administrativas, a los meros efectos de quedar amparada por la reserva de ley del art. 25.1 CE⁷⁶.

⁷⁵ Cfr.: ALBI, Ob.cit., p.681

⁷⁶ El principio de legalidad está también en el origen de la "revocación por incumplimiento" (Widerruf kraft Verwirkung) del Derecho alemán. Se consideraba un regla de ius commune el que el incumplimiento de una obligación del contratista determinara la resolución del contrato. ¿Pero qué ocurría cuando lo incumplido era una "condición" o "determinación" de un acto administrativo? Esta pregunta se la hicieron los autores alemanes que apadrinaron el bautizo negocial del acto administrativo. Para KORMANN (Ob.cit., p.404), era un principio inherente al negocio jurídico (y por tanto al acto administrativo) que el incumplimiento de una "condición" provocaba la extinción del acto jurídico (Widerruf kraft Verwirkung). Y para ello no hacía falta previsión legal expresa, porque no era intervención del Estado en la propiedad o libertad, menos aún sanción. Era, simplemente, la aplicación al Derecho público de la teoría del negocio jurídico.

A partir de entonces, este principio general de "revocabilidad" por incumplimiento pugnará con una concepción rígida del principio de legalidad, formulada como sigue: la "revocación" sea o no por incumplimiento, es intervención del Estado en la esfera de propiedad o libertad del individuo, y por tanto es necesaria autorización de la Ley (La explicación de la posterior evolución de la cuestión la da ELSTER, Ob.cit., pp.86-87).

Pese a los datos expuestos, se comprueba una cierta resistencia de la jurisprudencia del TS ha aceptar que la extinción del acto administrativo por incumplimiento de sus cláusulas sea un supuesto de sanción. En varias ocasiones ha afirmado el TS que la clausura de un local por incumplimiento de "condiciones" de la licencia de apertura (exceso de ruido, etc) no es sanción⁷⁷. Y que tampoco lo es el control del cumplimiento de las condiciones de una subvención⁷⁸. La declaración más clara está en STS 20 octubre 1990 (Az. 8295):

"La caducidad se produce como consecuencia del incumplimiento de obligaciones libremente aceptadas por el concesionario o titular de la autorización, mientras que la sanción administrativa tiene su causa en el incumplimiento de un mandato legal y se rige por el principio de legalidad...La caducidad no es una sanción administrativa, sino una consecuencia del incumplimiento de las condiciones de la concesión o autorización otorgada"

Menos terminante es la jurisprudencia del TC, aunque parece que tiende a extender el ámbito de cobertura del art. 25.1 CE (sanciones) sobre la extinción del acto administrativo por incumplimiento⁷⁹.

⁷⁷ SSTs: 12 diciembre 1989, (Az.9396); 27 marzo 1990, (Az.2679); 25 febrero 1991, (Az.1538).

⁷⁸ STS 30 junio 1992 (Az.6086): "No se ejercitan por la Administración potestades sancionatorias derivadas de la constatación de un ilícito administrativo, típico e imputable al recurrente, sino las facultades de controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a quien es beneficiario de una subvención"

⁷⁹ Para la STC 66/1984 FJ 1, la suspensión de beneficios, descalificación de viviendas de protección oficial: "Se trata...de unas sanciones diferenciadas cualitativamente de las que dentro del complejo mundo de las sanciones, no reconducibles a una categoría única y tratamientos uniformes, se orientan a la protección del orden general...". No está clara la solución en el ATC 907/1987, donde el titular de una licencia de apertura

A mi juicio, la distinción entre caducidad y sanción se puede obtener interpretando nuestras leyes:

1. El concesionario de la Ley de Costas disfruta de un derecho de aprovechamiento del dominio público con unas determinadas condiciones y modos fijados en la concesión. Todo ello constituye el contenido de la relación jurídica que le une con la Administración. Al margen de esta relación la Administración ejerce facultades de policía demanial, contra el concesionario o cualquier otro que perturbe el dominio público. El incumplimiento de condiciones de la concesión determina la caducidad (instrumento resolutivo de la relación); la puesta en peligro del dominio público determina una orden o sanción de policía. Así se explica que el art. 108 c) LA (y arts. 315 y 316 RDPH) tipifiquen como infracción administrativa el incumplimiento de las condiciones de la concesión o autorización, "sin perjuicio de su caducidad,

de cafetería-bar, revocada por incumplimiento de alguna de sus cláusulas, invocó el art. 25.1 CE. La STS anterior (de 11 marzo 1987) había apreciado que en el caso no había sanción, sino vigilancia del cumplimiento de las normas sobre funcionamiento de locales abiertos al público. El ATC (FJ 1) distingue entre los arts. 38 y 40 del RAMINP y parece sostener que la clausura del local no es sanción, mientras que las multas (del art. 40 RAMINP) sí serían sanción. Esta solución, en el marco del RAMINP, es artificial, pues la multa de que habla el art. 40 es coercitiva, no sancionatoria (con la notificación de la multa se fija un plazo para el cumplimiento de la condición incumplida por el particular) y en todo caso, el art. 40 RAMINP regula la multa como consecuencia jurídica menos gravosa que la clausura del local. Resultaría entonces, con la solución del ATC comentado, que la consecuencia jurídica más grave, la clausura, no sería sanción; y si lo sería en cambio la consecuencia jurídica menos grave, la multa. Más clara es la STC 61/1990. Se trataba de la revocación de una licencia para el ejercicio de la profesión de detective privado. El TC (FJ 6) entiende aquí que la "revocación" de la licencia, por incumplimiento de obligaciones de su titular, es una sanción, y por tanto sometida a las exigencias del art. 25.1 CE.

revocación o suspensión". O también el art. 90 d. LC⁸⁰ donde es infracción administrativa "el incumplimiento de las condiciones de los correspondientes títulos, sin perjuicio de su caducidad". Es decir, el incumplimiento de condiciones determina la caducidad del acto; y los mismos hechos son objeto de sanción administrativa. Ambas consecuencias jurídicas no se excluyen mutuamente, porque no las dos son sanciones administrativas.

Pongo un ejemplo llamativo de confusión entre caducidad y sanción. Según el art. 80.12 RBEL, entre las cláusulas que debe contener la concesión de dominio público local se encuentra la fijación de "Sanciones en caso de infracción leve, grave o muy grave de sus deberes por el interesado". Y resulta que el RBEL no tiene un catálogo de infracciones y sanciones, por lo que es la Administración, en cada concesión, quien tipifica las "sanciones" (!). Es evidente que aquí no se está haciendo referencia a verdaderas sanciones, sino a causas de caducidad. Las sanciones no se pueden fijar por la Administración en cada concesión (acto o contrato): art. 25.1 CE; lo que si se puede fijar de esa forma son las causas de caducidad de la concesión: condiciones resolutorias potestativas.

2. En el ámbito de la subvención los arts. 81.9 y 82 LGP distinguen entre extinción de la subvención y sanción administrativa. Ambas consecuencias jurídicas pueden darse en el mismo supuesto: incumplimiento del fin de la subvención (cfr. art.81.9 c) y art. 82.1 b) LGP) . Y según el art.82.3 "in fine" LGP: "la multa pecuniaria será independiente de la obligación de reintegro contemplada en el artículo

⁸⁰ Vid. también arts. 37 y 38 del Pliego de Condiciones Generales para las concesiones demaniales en las playas, zona marítimo-terrestre y mar territorial (O.M. de 8 de noviembre de 1985)

anterior...". Esta compatibilidad resulta de la falta de encadenamiento de las dos consecuencias jurídicas: el reintegro (extinguida la concesión) es el efecto retroactivo del incumplimiento de una condición, que ha provocado la caducidad de la subvención. La multa es una sanción administrativa en ejercicio del "ius puniendi" del Estado (por ello, el art. 82.7.2. declara la incompatibilidad de la sanción penal -art.350 Cp.- con la administrativa)⁸¹.

3. En la licencia de edificación, el incumplimiento de "determinaciones" de la licencia determina unas consecuencias jurídicas, demolición y/o venta forzosa o expropiación (arts. 248 y 249 LS), que son compatibles con las sanciones (y por tanto distintas de estas últimas).

c) Caducidad no es revocación.

En la doctrina española se ha confundido, en ocasiones, la caducidad con la revocación⁸². Esa misma confusión también

⁸¹ FERNÁNDEZ FARRERES, aunque no aplica la teoría de las cláusulas accesorias a la subvención, sí afirma -y en ello estoy de acuerdo- que el que la "revocación" de la subvención se tramite como un procedimiento sancionador no significa que se trate propiamente de una sanción administrativa (La subvención...cit., p.429, nota 31). Al mismo resultado se llega también en la doctrina alemana, donde la "revocación" de la subvención (por incumplimiento de un "modo") no está sometida al principio de legalidad del art. 103 II GG (BLECKMANN, Subventionsrecht, Stuttgart, 1978, p.107)

⁸² Así, ALBI, Ob.cit., p.682. A veces, como un tipo especial de revocación, la revocación-sanción (GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...II, pp.150-151). En contra de esta asimilación: SALA, La revocación de los actos administrativos en el Derecho español, IEA, Madrid, 1974, p.44; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.426 (aunque en p.429 se refiere a la revocación-castigo).

está en el Derecho positivo⁸³ y en la jurisprudencia. Dice la STS 23 mayo 1961 (Az.2406): "el acto `pendente conditione' queda sometido a `revocación eventual'". Y la STS 17 abril 1978 (Az.1606): "...se decretó su caducidad por incumplimiento de las condiciones a que estaba subordinada, se revocó ésta..."

Lo cierto es que en este punto hay más datos para eliminar la confusión.

En primer lugar, el Derecho positivo es aquí menos tolerante con la confusión conceptual. La revocación y la caducidad se distinguen en los arts.: 16 RSCL; 63 y 64 LA; 78 c),d) h) LC.

En segundo lugar, también en la jurisprudencia se puede encontrar claridad de conceptos:

"Por consecuencia como la licencia para el funcionamiento del Camping no se sometió a plazo ni a condición alguna, nunca pudo estimarse caducada...más aunque pudiera entenderse que el término caducidad que no se acomoda a la norma legal fuese erróneo, y que lo que el Ayuntamiento pretendió resolver fue la revocación, esto es, dejar sin efecto la licencia, la pauta para juzgar la procedencia del acto nos la da el art. 16 RSCL"⁸⁴

⁸³ P.ej.: art. 15 c) Decreto 1855/1974 (Centros privados de formación profesional); art.82.1 RGPE; vid. otros ejemplos en LAFUENTE, La concesión...cit.,p.86

⁸⁴ STS 28 febrero 1970, Az.1145

En tercer lugar, la doctrina ha delimitado con más precisión los contornos de la caducidad y de la revocación. Para GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET la caducidad tiene lugar por incumplimiento de condiciones, mientras que la revocación se produce "en beneficio de las exigencias del interés público"⁸⁵. Más recientemente GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS proponen el siguiente criterio de distinción: la caducidad es el efecto producido por el incumplimiento de las cláusulas de la concesión (p.ej: incumplimiento de una condición potestativa), mientras que la revocación se debe a la incompatibilidad de un acto con nuevas circunstancias⁸⁶.

B) Efectos de la caducidad.

a) Recurso al Derecho Civil.

Para determinar los efectos de la caducidad recurro al Derecho común. Pero resulta que el Código civil no regula la caducidad⁸⁷. Y la labor doctrinal civil se dirige más bien a su distinción respecto de la prescripción (extintiva y adquisitiva); e incluso a interpretar si los plazos que aparecen en el C.c. lo son de prescripción o caducidad⁸⁸. Caducidad de derechos y cumplimiento de condición resolutoria

⁸⁵ GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas, Barcelona, 1956, pp.362-363

⁸⁶ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.347. Otro criterio de distinción conceptual es el que formula Tomás-Ramón FERNÁNDEZ; para esta autor, en relación con la licencia de urbanismo, hay "revocación por incumplimiento de condiciones" y "caducidad...por no realización de las obras en el plazo señalado" (Manual de Derecho urbanístico, 7.Ed., Madrid, 1987, p.216). Ambos supuestos son, en mi opinión, caducidad.

⁸⁷ Si la menciona el art. 411 C.c (caducidad de concesiones de aprovechamiento de aguas)

⁸⁸ Vid. PUIG BRUTAU, Caducidad, prescripción extintiva y usucapión, Barcelona, 1988, pp.49-50

(sobre todo, potestativa) son dos conceptos escasamente relacionados en la literatura civil posterior a la codificación⁸⁹.

Siguiendo el esquema de GÓMEZ CORRALIZA, lo que caracteriza a la caducidad es:

1. El efecto extintivo del derecho se determina por el no disfrute de ese mismo derecho en un determinado plazo⁹⁰.
2. Es un efecto extintivo decidido por la ley, (aunque la doctrina admite también la caducidad convencional, pactada por las partes⁹¹)
3. Es una extinción automática del derecho, por el mero transcurso del plazo sin un comportamiento activo de su titular⁹².
4. El efecto extintivo es radical: total e indivisible⁹³

⁸⁹ Es una excepción MONTES (Ob.cit.,p.1164), quien explica la resolución automática por efecto del cumplimiento de condición resolutoria como "una especie de caducidad". También la STS 6 noviembre 1962 (Az.4419) relaciona incidentalmente la caducidad con el cumplimiento de condición.

⁹⁰ Esta es la explicación tradicional de DE CASTRO, Temas de Derecho civil, Madrid, 1972, pp.173-174).

⁹¹ ALBALADEJO, Ob.cit., p.538; DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...I, cit., p.468. En contra, defendiendo la caducidad sólo legal: DE CASTRO, Temas...,cit., p.175. GÓMEZ CORRALIZA distingue entre caducidad, que siempre es legal, y "plazo convencional", acordado por las partes, que caracteriza como una verdadera condición potestativa: el derecho queda condicionado a que su titular lo disfrute en un determinado período de tiempo (La caducidad, Madrid, 1990, pp.177,180,189)

⁹² GÓMEZ CORRALIZA, Ob.cit., p.443. Si bien en las SSTs 19 febrero 1990 y 18 octubre 1988 se admite una "caducidad atenuada", esto es, que las partes puedan disponer sobre el efecto, en principio automático, de la caducidad (Vid. GÓMEZ CORRALIZA, Ob.cit., p.314)

⁹³ GÓMEZ CORRALIZA, Ob.cit., p.459

5. Tiene eficacia retroactiva: "los efectos de la extinción alcanzan hasta el momento del nacimiento del derecho caducado"⁹⁴
6. La extinción del derecho es definitiva⁹⁵

Varias son las diferencias de ese concepto de caducidad con el que se maneja normalmente en Derecho administrativo:

- El no disfrute de un derecho es sólo una de las posibilidades de caducidad, no la única⁹⁶.
- No sólo la ley, también la Administración en el caso concreto puede fijar supuestos de caducidad del acto administrativo.
- Normalmente (como en el caso del incumplimiento de condición resolutoria potestativa) la caducidad necesita ser declarada por la Administración.
- La caducidad permite rehabilitación.
- Es necesaria una valoración de la actuación del particular; no basta con la simple apreciación de circunstancias objetivas⁹⁷.

Pero también podemos hallar notas esenciales comunes a los dos ámbitos jurídicos:

- 1) Tendencia al automatismo en la extinción (aun con necesidad de declaración administrativa).
- 2) Tendencia a la eficacia retroactiva de los efectos

⁹⁴ GÓMEZ CORRALIZA, Ob.cit., pp. 456 y 507

⁹⁵ GÓMEZ CORRALIZA, Ob.cit. p.443

⁹⁶ Es paradigmático el art. 64 LA, que distingue en sus dos párrafos entre caducidad por incumplimiento de condiciones esenciales de la concesión y caducidad por interrupción permanente de la explotación.

⁹⁷ TOLEDO JAUDENES, Ob.cit., p.92

extintivos.

b) Insuficiencia del concepto civil de caducidad.

Para la caducidad administrativa es insuficiente el concepto de caducidad del Derecho civil. La caducidad administrativa se extiende sobre lo que para el Código civil es resolución⁹⁸, en sus dos manifestaciones: por cumplimiento de condición resolutoria (art.1114) y por incumplimiento de obligación de una parte, en las relaciones sinalagmáticas (art.1124). Según STS 25 noviembre 1976 (Az.5559): "la caducidad...es una forma...de resolución anticipada, específicamente utilizada por la Administración ante determinadas causas graves de incumplimiento de las obligaciones impuestas a los concesionarios"⁹⁹

C) ¿Ipsa iure?

a) Solución en Derecho alemán.

La eficacia "ipso iure" de la condición resolutoria parece ser la solución en la doctrina administrativa alemana¹⁰⁰. Se trataría de una de las formas de extinción del acto administrativo previstas en el art. 43 II VwVfG,

⁹⁸ STS 3 marzo 1992 (Az.1778): la extinción de licencia según el art. 16 RSCL, por incumplimiento de condiciones "recuerda en cierto modo la resolución de los contratos en Derecho civil"

⁹⁹ Según LAFUENTE (Ob.cit., p.144): "La declaración de caducidad de la concesión es por ello una manifestación del poder general de resolución que tiene por finalidad la defensa o protección del interés público objetivo de la propia concesión". Y para LÓPEZ PELLICER (Ob.cit., p.91, nota 31), la caducidad es un supuesto de "resolución por incumplimiento de condiciones"

¹⁰⁰ Desde KORMANN, System...cit., p.137. Su influencia llega hasta Italia: cfr. LUCIFREDI, Ob.cit., p.200

distinta de la revisión, revocación, transcurso del tiempo u otra forma de anulación ("un acto administrativo permanece eficaz, hasta que...de alguna otra forma se agote")¹⁰¹.

Pese a ello, también se constata que en la práctica la Administración comprueba y declara el cumplimiento o incumplimiento de la condición¹⁰².

b) Solución en Derecho español.

aa) La regla de la extinción automática.

En Derecho civil español la regla es el automatismo¹⁰³. Dice el TS: "...porque tratándose del cumplimiento de una condición resolutoria..., la extinción del vínculo creado 'conditio pendet' se opera en el mismo momento en que la condición se realiza..."¹⁰⁴.

Esta regla se ha extendido por algunos autores al Derecho Administrativo, en relación con las "condiciones" a que se refiere el art.16.1 RSCL¹⁰⁵. El incumplimiento de estas condiciones determinaría la caducidad automática de la licencia, desde el momento en que el particular incumpliera

¹⁰¹ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.511; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.677

¹⁰² ELSTER, Ob.cit., p.64

¹⁰³ ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.840; MONTES, Ob.cit., p.1163

¹⁰⁴ S. de 9 abril de 1947 (citada por ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.840)

¹⁰⁵ Art.16 RSCL: "Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas"

la condición¹⁰⁶. Así aparece también en algunas normas de subvenciones¹⁰⁷ y lo ha declarado ocasionalmente la jurisprudencia¹⁰⁸.

bb) Necesidad de declaración de caducidad.

El automatismo del Derecho Civil no es extensible al Derecho administrativo¹⁰⁹. La jurisprudencia así lo ha afirmado incluso "contra legem"¹¹⁰. Y hoy es doctrina reiteradísima del TS¹¹¹. Con una u otra denominación

¹⁰⁶ SALA, Ob.cit., p.46; BOQUERA, El condicionamiento...cit., pp.195-196

¹⁰⁷ Ar.10 de la OM de 6 de diciembre de 1972 (acción concertada)

¹⁰⁸ SSTs 13 noviembre 1975 (Az.4263); 25 octubre 1977 (Az.3959); 21 enero 1980 (Az.241); 28 diciembre 1981 (Az.5457): "la caducidad...se produce por obra de la ley sin necesidad de declaración de haberse producido ni de requerimiento alguno"; STS 30 enero 1990 (Az.359). Vid.: TOLEDO JAUDENES, La caducidad...cit., p.97; DE JESÚS/LONGAS, Ob.cit., p.121;

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., p.276

¹¹⁰ Así ocurría con la aplicación del ar. 18 del Real Decreto de 29 de abril de 1860, sobre aprovechamiento de aguas, que ordenaba: "Las concesiones de aprovechamientos de aguas públicas se consideran caducadas sin necesidad de declaración explícita...siempre que el concesionario no haga uso de la autorización dentro del plazo acordado en la concesión...". La jurisprudencia, contra la letra de la ley, exigía una declaración expresa de caducidad por parte de la Administración (cfr. GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Ob.cit., p.382)

¹¹¹ Generalmente, refiriéndose al plazo de caducidad. SSTs: 13 diciembre 1952 (Az.2464); 16 diciembre 1977 (Az.4796); 21 febrero 1980 (Az.621); 7 marzo 1980 (Az.3823); 25 febrero 1981 (Az.1151); 28 abril 1982 (Az.2532); 5 octubre 1982 (Az.6334); 21 febrero 1983 (918); 10 mayo 1985 (Az.4754); 22 enero 1976 (Az.887); 10 abril 1985 (Az.2859); 12 julio 1983 (Az.4039); 16 mayo 1985 (Az.3559); 4 noviembre 1985 (Az.6302); 22 enero 1986 (Az.887); 17 junio 1986; 24 junio 1986; 28 julio 1986 (Az.6901); 2 noviembre 1986 (Az.8736); 22 marzo 1988 (Az.2244); 30 septiembre 1988 (Az.7286); 24 octubre 1988 (Az.8220); 30 mayo 1990 (Az.4292); 28 mayo 1991 (Az.4303); 3 marzo 1992 (Az.1778). Vid.:

(declaración de caducidad, revocación, retirada de la licencia, resolución) se exige tradicionalmente una declaración administrativa para que el cumplimiento de una condición (resolutoria potestativa) provoque la extinción del acto¹¹². El automatismo resolutivo no es adecuado para la resolución administrativa. Por un lado crea una situación de inseguridad jurídica, no se sabe si el acto se ha extinguido o no. Y por otro lado no se compagina con el principio de proporcionalidad¹¹³. Se trata de una consecuencia jurídica que se produce al margen de toda ponderación, de si es un efecto adecuado y exigible y de su relación con el interés público o con otros bienes jurídicos.

La caducidad del acto administrativo por cumplimiento de condición resolutoria necesita una declaración expresa de la Administración. Ese nuevo acto administrativo se llama "declaración de caducidad". La misma función cumple la denegación de "rehabilitación" o "prórroga" del acto administrativo, cuando lo que se incumple es un plazo de caducidad¹¹⁴. Entre "declaración de caducidad" y denegación

GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS Derecho Administrativo I, cit., p.,374; TOLEDO JAUDENES, La caducidad...cit., p.94; DE JESÚS/LONGAS, Ob.cit., p.122

¹¹² GARCÍA-TREVIJANO FOS, Caducidad...cit., p.268 (donde cita dos Dictámenes del Consejo de Estado: de 18 de mayo de 1945 y de 12 de mayo de 1949); VILLAR, La intervención...cit., p.377; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.344; RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., p.96

¹¹³ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.249. Aquí no ha sido seguido por la doctrina alemana posterior, más apegada al concepto de condición acuñado en Derecho civil.

¹¹⁴ La diferencia entre "rehabilitación" y "prórroga" no es clara. GARCÍA-TREVIJANO FOS las distinguía así: "La rehabilitación, por lo tanto, supone que el concesionario ha incurrido en caducidad, aun cuando no se haya iniciado el expediente. De aquí la diferencia esencial entre prórroga y rehabilitación, ya que en la primera aún no se ha producido el incumplimiento por parte del

de rehabilitación (o prórroga) no hay una diferencia sustancial¹¹⁵. Pues la extinción del acto por caducidad necesita audiencia del particular (p.ej: art. 165.1 RDPH). En ese trámite, o en otro momento anterior, el particular puede solicitar la prórroga, rehabilitación o no declaración de caducidad del acto. Que la Administración resuelva declarar la caducidad o no prorrogar no son decisiones cualitativamente distintas¹¹⁶

concesionario" (Caducidad...cit., p.270). Prórroga y rehabilitación también se distinguían en el Derecho positivo: el art. 6 de la O.M de 3 de diciembre de 1954 regulaba la "prórroga" de la concesión de aguas, mientras que la "rehabilitación" se regía por el art. 5 del Decreto de 26 de octubre de 1945. El criterio de distinción que se comenta todavía aparece hoy, en la jurisprudencia (STS 30 octubre 1992, Az.254; STS 5 febrero 1990, Az.1263) y en la doctrina (LAFUENTE, La concesión...cit., p.157). Pero lo cierto es que la delimitación de estos conceptos no acaba de quedar clara. Según el TS, para las autorizaciones de alumbramiento de aguas la "prórroga" y la "rehabilitación" cumplen la misma función (STS 11 junio 1990, Az.5183); las SSTS 30 septiembre 1988 (Az.7286) y 10 mayo 1993 (Az.2408) permiten la solicitud de "prórroga" cuando se ha producido causa de caducidad, siempre que no haya sido aún declarada. La OETLM se refiere a la prórroga de una licencia "incurrida en caducidad" (art.12) frente a la "rehabilitación de una licencia caducada" (art.13). El art. 155.1 RDPH prevé la "prórroga" cuando el plazo de caducidad ya ha sido incumplido.

¹¹⁵ STS 10 mayo 1993 (Az.3408). Si hay diferencia, en cambio, entre "no declarar la caducidad" y rehabilitar: según el art. 168.2 RDPH en la rehabilitación de concesión de aguas se pierde la fianza originaria (para el caso de que la concesión esté en fase de ejecución de obras). Además, el ar. 168.3 RDPH permite que en la rehabilitación se incluyan nuevas "condiciones" (Cfr.: LAFUENTE, La concesión...cit., p.157). Estas diferencias se han extremado hasta el punto de calificar la rehabilitación como "nueva concesión": STS 5 febrero 1990 (Az.1263); y RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., p.112: "...se ha producido una auténtica novación, aunque por economía el clausulado de la nueva concesión se remite al de la anterior incurrida en caducidad"

¹¹⁶ Así, el TS admite en ocasiones que la declaración de caducidad se encuentra implícita en la denegación de una prórroga de licencia urbanística: SSTS 12 julio 1983, (Az.4039); 26 septiembre 1984 (Az.4877); STS 2 enero 1985 (Az. 398): el TS aplica un criterio favorable a la prórroga precisamente como correspondiente a una interpretación restrictiva de la caducidad); STS 4 noviembre 1985 (Az.6302); STS 29 mayo 1991 (Az.4307); Vid. DE

C) Régimen jurídico de la declaración de caducidad.

Negar el automatismo de la caducidad no significa dejar libertad a la Administración para declarar o no la caducidad¹¹⁷. Se trata ahora de precisar cómo se pasa de una situación de "caducidad material" (conurrencia de causa de caducidad: cumplimiento de condición resolutoria) a la "caducidad formal" (declaración de caducidad)¹¹⁸.

a) Planteamientos posibles

aa) Mera comprobación.

En ocasiones el Consejo de Estado ha calificado la declaración de caducidad como "conditio iuris" para que la situación de caducidad, que ya existe, despliegue todos sus efectos¹¹⁹. También, según STS 14 julio 1981 (Az.3484): " (La caducidad es)...un efecto "ex lege", propio de los 'negocios fijos' aunque sometido, en principio para su plena efectividad al presupuesto (conditio iuris) de la declaración expresa de la Administración; declaración que se limita a constatar la producción del hecho extintivo de la concesión, y a manifestarlo, para así eliminar toda duda al respecto, y suprimir el equívoco de una situación de

JESÚS/LONGAS, Ob.cit., p.122-123

¹¹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., p.100

¹¹⁸ La distinción "caducidad material"/"caducidad formal" estaba ya en la Orden de 3 de diciembre de 1954, pero su tratamiento teórico es obra de VILLAR, Naturaleza y regulación de la concesión minera, RAP 1, p.115, nota 67. Estos términos se recogen hoy incluso en el art. 2.5.16, párr.1 PGOUM

¹¹⁹ Vid. LAFUENTE, Ob.cit., p.129, nota 206; también RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., p.279.

apariencia, de una concesión en realidad caducada, pero hasta entonces no declarada"¹²⁰. Y según STS 30 enero 1990 (Az.359): "La eficacia de toda caducidad queda en suspenso en tanto no se declare expresa y formalmente"¹²¹. Este carácter cuasicertificante de la declaración de caducidad se plasma también en el art. 11.2 OETLM: "La caducidad se producirá por el mero transcurso de los plazos...y surtirá efectos mediante resolución expresa".

bb) Decisión reglada.

También ha dicho el Consejo de Estado que la declaración de caducidad es reglada¹²². Afirmación que se encuentra así mismo en la literatura científica¹²³ y en la jurisprudencia¹²⁴. Esta tesis plantea un problema: en el caso concreto puede ser jurídica o administrativamente inconveniente la declaración de caducidad, o atentar contra el principio de proporcionalidad. Y si no hay margen de decisión, sino vinculación absoluta, se corre el riesgo de que la mera comprobación de causas de caducidad (incumplimiento de condiciones potestativas, sobre todo), se utilice como poder decisorio, incluso discrecional¹²⁵.

¹²⁰ Esta declaración jurisprudencial es muy similar, casi en términos literales, a lo afirmado por GARCÍA DE ENTERRIA en El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera, RAP 17 (1955). p.270

¹²¹ Vid. también STS 20 mayo 1985 (Az.4116)

¹²² Vid. LAFUENTE, Ob.cit., p.139

¹²³ GARCÍA DE ENTERRIA, El problema...cit., p.271; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Caducidad...cit., p.268

¹²⁴ STS 27 julio 1990 (Az.6823); STS 6 mayo 1993 (Az.3395)

¹²⁵ Piénsese en el art. 161 RC. El Servicio Periférico de Costas es quien debe "constatar la existencia de los supuestos (de caducidad)" y resolver o elevar propuesta de resolución. Pues

cc) Decisión discrecional.

Esa era la opinión de GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET¹²⁶ y VILLAR¹²⁷. Y también parece ser el criterio del art. 155.3 RDPH: ante solicitud de prórroga de plazo de obras (que en este estudio califico como condición potestativa) el Organismo de Cuenca "resolverá lo que estime pertinente".

En mi opinión, la declaración de caducidad tampoco es decisión discrecional¹²⁸. Eso es lo propio de la revocación, pero no de la declaración de caducidad (vid. infra). En ésta última es la norma quien toma la decisión extintiva, no se deja la decisión al criterio de oportunidad de la Administración.

bien, dado que el art.161.3 RC prohíbe en todo caso la rehabilitación del título, parece que los supuestos en que importantes razones de interés público o proporcionalidad demanden la no extinción del título habrán de encauzarse flexibilizando la "constatación" de supuestos de caducidad; esto es, dando contenido decisorio a una actuación de mera comprobación.

¹²⁶ GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Ob.cit., p.382

¹²⁷ VILLAR, Naturaleza...cit., p.115, nota 67

¹²⁸ El mismo resultado en RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., pp.174 y 284

dd) Decisión obligatoria salvo caso excepcional.

La declaración de caducidad es obligatoria para la Administración, salvo supuestos excepcionales¹²⁹ y exigencias de actuación conforme a los principios constitucionales. Así hay que entender la expresión imperativa del art. 79.1 LC: "...declarará la caducidad"¹³⁰. Se parte de la previa existencia de una situación en que el acto está "incurso en caducidad". En esta situación, la Administración debe declarar la caducidad¹³¹; sólo se puede evitar mediante una "rehabilitación" o "prórroga" del acto, cuando concurren razones de interés público para ello¹³².

b) Graduación de la obligación de declarar la caducidad.

La aplicación de la regla de la caducidad exceptuable admite graduaciones:

¹²⁹ LAFUENTE, La concesión...cit., p.143; RODRÍGUEZ ARANA, La caducidad...cit., pp.101 y 287.

Esto se corresponde con las llamadas "Sollvorschriften" del Derecho alemán, donde no hay derecho subjetivo de nadie a un determinado acto ni tampoco el otorgamiento de una facultad discrecional a la Administración (Vid. MAURER, Ob.cit., Cap.7, Párr.7).

¹³⁰ El art. 64.1 LA dice que "las concesiones podrán declararse caducadas", lo que parece determinar un poder discrecional de la Administración. En cambio, el art.162.1 RDPH afirma que "las concesiones se extinguirán...por caducidad", dotando de mayor automatismo a la extinción.

¹³¹ GALLEGO ANABITARTE/MENENDEZ REXACH/DÍAZ LEMA, El Derecho...cit., p.530; LAFUENTE, Ob.cit., p.142

¹³² LAFUENTE, Ob.cit., pp.156-159. Pero la rehabilitación no es discrecional, como afirman DEL SAZ (Aguas subterráneas, aguas públicas, Madrid, 1990, pp.275 y 278, nota 33) y RODRÍGUEZ-ARANA (La caducidad...cit., p.109), pues si la declaración de caducidad no es discrecional tampoco lo puede ser la otra cara de la moneda, la rehabilitación.

aa) Caducidad declarativa o constitutiva.

LAFUENTE distingue dos tipos de declaraciones de caducidad¹³³:

- Declarativa: mera constatación de un hecho.
- Constitutiva: "el suceso que hace presumir la causa de caducidad necesita ser comprobado y calificado jurídicamente"¹³⁴. Aquí aprecia la autora un margen de discrecionalidad¹³⁵. Esta distinción puede ser útil:

La declaración de caducidad "declarativa" es propia del cumplimiento de una condición resolutive casual (un hecho objetivo). Aquí, la obligación administrativa de declarar la caducidad encuentra pocas excepciones, aunque no es automática. En cambio la declaración de caducidad "constitutiva" es más apropiada para el cumplimiento de una condición resolutive potestativa; la Administración sigue obligada a declarar la caducidad, pero se pueden dar más fácilmente supuestos de excepción (ligados a la imposibilidad del concesionario de cumplir las condiciones)¹³⁶.

¹³³ En el mismo sentido: RODRÍGUEZ-ARANA, La caducidad... cit., p.99

¹³⁴ LAFUENTE, Ob.cit., p.135

¹³⁵ LAFUENTE, Ob.cit., p.136

¹³⁶ Esta distinción parece ser también la que hace el Código civil entre condiciones resolutorias (art. 1114 C.c) y obligaciones recíprocas de las partes (que para el C.c son condiciones: el cumplimiento de una parte condiciona la exigibilidad de la contraprestación): art. 1124 C.c. Frente al automatismo de la condición resolutoria, en general, el art. 1124 C.c. da margen de apreciación al juez: "El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo". La doctrina civil actual separa claramente la condición resolutoria de la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones recíprocas (DIEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema...II, cit., p.332). Pero no hay que negar que en la sistemática del Código civil el cumplimiento de la obligación de una parte es condición para que sea exigible el cumplimiento de

bb) Tipo de acto administrativo.

La facultad administrativa de no declarar la caducidad en supuestos excepcionales es el único reducto de decisión que la norma otorga a la Administración. Pero es, en todo caso, decisión vinculada. La norma concede un ámbito de decisión propia para hacer posible la optimización de los principios constitucionales que ordenan la actividad administrativa: proporcionalidad, seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, igualdad, eficacia de la actuación administrativa. Estos principios actúan oponiendo un bien jurídico que necesita ser ponderado frente a la declaración de caducidad, que es la decisión en principio tomada por la norma. Según la importancia relativa de cada bien jurídico en el sistema constitucional de bienes y derechos, así será el resultado de la ponderación. De aquí resulta la siguiente diferencia:

1. A las autorizaciones regladas acompaña una caducidad no automática, sino ponderada en relación con los hechos y de interpretación estricta¹³⁷. La obligación administrativa de declarar la caducidad resulta muy constreñida por aplicación del principio de proporcionalidad. Ejemplo: la licencia de apertura controla preventivamente (en su caso, fijando condiciones o modos) el ejercicio de la libertad de empresa (art.38 CE: derecho fundamental). La obligación de declarar la caducidad ha de ser compatible en el caso concreto con las exigencias del principio de proporcionalidad: adecuación (la declaración de caducidad es idónea para evitar la situación

la otra.

¹³⁷ SSTs 14 marzo 1990 (Az.1975); 16 octubre 1991 (Az.7838); 29 mayo 1991 (Az.4307). Vid. jurisprudencia del TS en: FABREGAT, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.285. El art. 8 de la Ley de Disciplina Urbanística de las Islas Baleares declara incluso el derecho a la prórroga de la licencia de edificación por la mitad de la duración de la primitiva licencia.

de peligro); exigibilidad (aun siendo adecuada, la caducidad es la única medida posible); proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre un derecho de libertad y el ejercicio de un poder de policía¹³⁸). Lo mismo se puede decir de las licencias de obras; su declaración de caducidad ha de ponderarse en relación con el derecho de propiedad del particular¹³⁹. Pero esta ponderación no debe llegar al punto de afirmar que existe un derecho subjetivo a la "prórroga" o a la "no declaración de caducidad", como ha afirmado en alguna ocasión el TS¹⁴⁰. En cambio, si parece acertado sostener que la licencia prorrogada (no declarada caducada) se sigue rigiendo por las normas vigentes en el momento de su

¹³⁸ Esta ponderación está presente en la mención del art. 6.2 RSCL ("favor libertatis") que se encuentra en numerosas SSTs: 16 junio 1980 (Az.3195); 12 abril 1985 (Az.2203); 10 mayo 1985 (Az.4754); 15 julio 1985 (Az.3918)

¹³⁹ STS 27 mayo 1983 (Az.3444): "la caducidad de las licencias es una institución que, en cuanto atentatoria a la libertad de actuación del propietario ha de ser objeto de interpretación restrictiva"... "la prórroga ha de ser entendida y concedida con un criterio flexible y razonable..."; STS 24 enero 1985 (Az.844); STS 10 mayo 1985; STS 4 diciembre 1985 (Az.982/1986); STS 22 marzo 1988 (Az.2244); DE JESÚS/LONGAS, Ob.cit., p.116; TOLEDO JAUDENES, La caducidad...cit., p.94;

¹⁴⁰ STS 24 junio 1960 (Az.2692); STS 31 octubre 1983 (Az.5287): "...la licencia tiene carácter reglado, naturaleza de la que participa obviamente la prórroga, de manera que ésta tiene idéntico alcance y contenido que la licencia...". Aunque esta declaración hay que entenderla en un momento en que la fijación de plazos de caducidad en la licencia era de dudosa legalidad, pues no estaba prevista en las normas, o a lo sumo lo estaba en Ordenanzas Municipales (cfr. STS 27 mayo 1983, Az.3444; STS 2 enero 1985, Az.398; STS 24 enero 1985, Az.844).

Pienso que a lo que tiene derecho el particular es a que se otorgue una nueva licencia, previo el procedimiento correspondiente, siempre y cuando el plan permita esa nueva licencia. Respecto de la prórroga, el particular sólo tiene derecho a un ejercicio no viciado de la discrecionalidad administrativa, esto es, proporcional y adecuada al fin de la norma. Pues reconocer derecho subjetivo a la prórroga es no conceder ningún valor al incumplimiento de una condición resolutoria (típicamente, potestativa); ni siquiera fiscal, dado el criterio del TS contrario a que la prórroga de licencia devengue tasa (STS 3 febrero 1988, Az.687)

otorgamiento, pues se trata del mismo acto, no de uno nuevo¹⁴¹.

2. En las concesiones o subvenciones "discrecionales" el cumplimiento de una condición resolutoria también determina la declaración de caducidad, obligación de la Administración. A esta obligación fija límites la aplicación del principio de proporcionalidad (adecuación¹⁴², exigibilidad, ponderación de bienes jurídicos), aunque más débilmente, pues el bien jurídico necesitado de ponderación ya no es un derecho fundamental de libertad. También puede actuar el principio de protección de la confianza legítima (por ejemplo, cuando la condición resolutoria casual se cumple muy tardíamente o cuando se ha tolerado durante largo tiempo un incumplimiento¹⁴³) El resultado será una facultad restringida para la declaración de caducidad del acto.

¹⁴¹ STS 31 octubre 1983 (Az.5287); STS 15 diciembre 1983 (Az. 1984/469); STS 3 febrero 1988 (Az.687): "La prórroga implica una prolongación o continuación de la misma licencia..."; STS 30 septiembre 1988 (Az.7286): "(En la prórroga)...de lo que se trata es de ampliar el plazo inicialmente concedido con plena subsistencia del régimen urbanístico preexistente, y no de conseguir una licencia nueva porque, por cualquier circunstancia, perdiera su eficacia la obtenida con anterioridad"; STS 29 mayo 1991 (Az.4307). Un criterio distinto se puede encontrar en STS 27 mayo 1983 (Az.3444): la prórroga se valora en relación con las normas urbanísticas vigentes en el momento de su solicitud.

¹⁴² La posibilidad de "rehabilitación" de una concesión es en realidad una exigencia del subprincipio de adecuación. Pues, como dice LAFUENTE (Ob.cit., pp.93 y 163-164), la declaración de caducidad ha de ser adecuada al interés público que puede haber detrás de la concesión (abastecimiento de agua a población, etc).

¹⁴³ DCE 367/91/LD: no procede la declaración de caducidad de una concesión cuyo titular había cambiado el destino de aquélla. Y ello porque la Administración conocía desde antiguo ese cambio de uso; sería contrario a la equidad declarar ahora la caducidad. Pienso que a la misma conclusión se puede llegar desde el principio de seguridad jurídica.

E) ¿Efectos "ex nunc" o "ex tunc"?

a) La cuestión en las codificaciones civiles nacionales.

La respuesta de cada Derecho Administrativo nacional es reflejo de la solución en la codificación civil de cada país. Los Códigos entroncados con el Napoleón optan por el efecto retroactivo de la condición resolutoria¹⁴⁴. Así el Código civil español (cfr.: art. 1123 C.c.)¹⁴⁵. De ellos se separa el BGB alemán.

La retroactividad de la condición es un instrumento de técnica legislativa para la protección del acreedor en el estado de pendencia¹⁴⁶. Pero también se protege esa situación de pendencia otorgando al acreedor condicional acciones (cautelares) "conditio pendet". Los Códigos civiles entroncados con el Napoleón adoptan el sistema de la retroactividad (art. 1179 del Código civil italiano y art. 1360 del propio Code francés). En cambio, el BGB alemán se orienta a la protección directa del acreedor durante la pendencia de la condición. Pero en ambos sistemas se llega al mismo resultado: la protección de la situación de pendencia; el BGB con "efectos primarios" del negocio (Vorwirkungen), que protegen la situación de pendencia al prohibir ciertas actuaciones de las partes; en los Códigos francés e italiano se da esa protección eliminando, "a posteriori", los efectos

¹⁴⁴ DE ROVIRA, voz "Condición" en NEJ Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, p.876, nota 60; CASTAN, Ob.cit., p.602

¹⁴⁵ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.143

¹⁴⁶ ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.838. Parece innecesario apoyarse en "ficciones legales" o en la "interpretación de la voluntad de las partes", como es frecuente leer en la doctrina civil española (Vid. exposición de estas teorías en ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., pp.834-838)

producidos durante el período de pendencia¹⁴⁷. El Código civil español establece la retroactividad de la condición (art.1123 C.c), pero al mismo tiempo otorga acciones (cautelares¹⁴⁸ de protección al acreedor condicional (art.1121 C.c)¹⁴⁹

Pero, ¿En qué consiste la retroactividad de los Códigos civiles?. El Código civil español dispone que en las obligaciones de dar, "los interesados...deberán restituirse lo que hubiesen percibido" (art.1123.1 C.c.). En cuanto a las obligaciones de hacer o no hacer, "los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida" (art.1123.3 C.c., con remisión al art. 1120.2 C.c). Según PUIG BRUTAU, "han de desaparecer los efectos de la obligación inicialmente cumplida"¹⁵⁰. Pero esta afirmación inicial de retroactividad tiene varias correcciones. En primer lugar, es discutido si con la devolución de la cosa (en las obligaciones de dar) han de entregarse también los frutos percibidos¹⁵¹. En segundo lugar, se distingue hoy entre contratos de ejecución inmediata o continuada. Cuando las prestaciones son de ejecución inmediata rige plenamente el principio de retroactividad: devolución de lo percibido. En cambio, cuando la ejecución es continuada, lo dado, hecho o no hecho se

¹⁴⁷ FLUME, Ob.cit., p.724

¹⁴⁸ TORRES DE CRUELLS, La medida cautelar del art. 1121 del Código civil, ADC 1959, p.1230

¹⁴⁹ Según SÁNCHEZ ROMAN (Ob.cit., p.133), se trata de un regla nueva introducida por el Código civil, junto a la tradicional de la retroactividad.

¹⁵⁰ PUIG BRUTAU, Fundamentos... cit., p.101

¹⁵¹ ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.854;

tiene por definitivo: la condición sólo actúa a futuro¹⁵².

La doctrina civil alemana interpreta el art. 159 BGB en sentido de irrectroactividad¹⁵³. El "restablecimiento de la situación jurídica anterior" no significa ni mucho menos retroactividad. Los efectos del negocio permanecen. Entonces se plantea el siguiente problema: en obligaciones de ejecución inmediata ¿Cómo se paralizan los efectos de un acto jurídico que ya se ha ejecutado?, ¿Cómo se restablece la situación jurídica anterior? Se dice entonces que con el cumplimiento de la condición nacen obligaciones al cese de la relación jurídica (Abwicklungspflichten)¹⁵⁴; son obligaciones de restitución de prestaciones, a fin de hacer posible la vuelta a la situación inicial, pero sin eliminar los efectos producidos (P.ej., en el contrato de compraventa: las partes están obligadas a la devolución de precio y cosa; pero no se paga por el disfrute de la cosa ni se pagan intereses por el precio; eso supondría eficacia retroactiva de la extinción del contrato)¹⁵⁵. De esta comparación resulta que la irrectroactividad del BGB es bastante similar

¹⁵² ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., pp. 870 y 871; DIEZ- PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.147; MONTES, Ob.cit., p.1165

¹⁵³ El ar. 159 II BGB dispone que "con la entrada de la condición termina la eficacia del negocio jurídico; en ese momento se restablece la situación jurídica anterior".

¹⁵⁴ Esta formulación se acoge en España como un tipo de retroactividad de la condición (ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.840; DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.147): "retroactividad obligatoria", frente a la "retroactividad real" (posición automática de las partes en el momento de perfección del acto jurídico, que es la que establece el Código civil).

¹⁵⁵ LARENZ, Allgemeiner...cit., pp.505-507. Es discutido si esas obligaciones de restitución de la situación original son aplicación de la reglas del enriquecimiento injusto, art.812 BGB (así M.WOLF, Ob.cit., p.1232 y la jurisprudencia alemana) u obligaciones que derivan del mismo contrato que se extingue, como sus últimos efectos (LARENZ, Allgemeiner...cit., pp.506-507; FLUME, Ob.cit., párr.40).

a la retroactividad del C.c.¹⁵⁶. Esta similitud se manifiesta en dos notas:

- En cuanto a las relaciones continuadas, ni en el C.c. ni en el BGB hay efectos retroactivos para el cumplimiento de la condición resolutoria.

- En cuanto a las relaciones de ejecución instantánea, en Alemania el deudor no devuelve los frutos, tesis que parece también defendible en Derecho español.

b) Influencia de la solución civil en Derecho Administrativo.

aa) Irrectroactividad en Derecho Administrativo alemán.

A partir de la regulación del BGB la doctrina administrativa alemana sostiene que el cumplimiento de la condición resolutoria sólo tiene efectos "ex nunc", a futuro¹⁵⁷. Cesa la eficacia del acto, pero quedan permanentes los efectos ya producidos. Esta solución ha resultado conflictiva en Derecho de subvenciones: incumplidas las condiciones por el beneficiario ¿Se extingue la subvención sólo a futuro?, ¿Consolida el subvencionado las cantidades percibidas? La inadecuación de esta solución ha llevado a la introducción del art. 44 a BHO¹⁵⁸, por el que supuestamente se concede eficacia retroactiva a la condición resolutoria¹⁵⁹. Aunque en puridad, siguiendo el esquema de

¹⁵⁶ MONTES, Ob.cit., p.1044

¹⁵⁷ KORMANN, Ob.cit., p.137

¹⁵⁸ Cfr. ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.30, párr.24

¹⁵⁹ Con las siguientes reglas:

1. Cuando el cumplimiento de la condición es independiente de la actuación del subvencionado sólo se devuelve la subvención en la medida en que así lo exija la aplicación de las reglas del

LARENZ (sobre el art. 159 BGB), no estaríamos ante un caso de retroactividad: la devolución de la subvención supone en realidad restauración de la situación anterior. Y los intereses no se exigen desde el momento del otorgamiento de la subvención, sino desde que se cumple la condición (por tanto, desde que ha caducado el acto).

bb) Retroactividad en Derecho Administrativo español.

Para Derecho administrativo español se debe mantener la

BGB sobre el enriquecimiento injusto (art.44 a 2 BHO);

2.A la subvención a devolver se añade un 6% anual de intereses, desde el momento de cumplirse la condición. La Administración puede desistir de estos intereses cuando en el cumplimiento de la condición no ha intervenido el subvencionado y devuelve el principal en un determinado plazo. (art.44 a 3 BHO).

En relación con esta regulación hay que aclarar que la condición a que se refiere el párrafo 1. es una condición casual. Pues el incumplimiento del fin de la subvención (que en este estudio será considerado como condición resolutoria potestativa: vid. infra Cap.18 III.) se trata en este artículo como causa de revocación, al igual que el incumplimiento del modo. Pero entonces resulta que el ar.44 a) BHO hace posible la revocación con efectos retroactivos, lo cual es verdaderamente novedoso en Derecho administrativo alemán. STÖBER (Zur Problematik des art. 44 a) Abs.1 BHO und des entsprechenden Länderrechts, DÖV 1984, pp.269 y ss.) ha criticado duramente la introducción de la revocación retroactiva. En su lugar propone la condición potestativa suspensiva (sólo secundariamente la resolutoria): la entrega de la ayuda económica es sólo provisional; la verdadera subvención está en suspenso, sólo despliega su eficacia interna cuando el empresario cumple con la condición potestativa que le incumbe. Si no cumple con la condición, la subvención nunca genera efectos y por tanto nace una obligación de devolver (por enriquecimiento injusto). Una propuesta similar en sus resultados ha formulado FERNÁNDEZ FARRERES en Derecho español, si bien no a partir de una condición suspensiva, sino del concepto de "carga" (vid. infra Cap.18 III B) a)). A la propuesta de STÖBER se oponen MEYER/BORGS (Ob.cit., p.289) y SCHIMMELPFENNIG, (Ob.cit., p.118). Ambos autores critican la situación de inseguridad jurídica que existe en el estado de pendencia de una condición suspensiva.

solución dada por el art. 1123 C.c.:¹⁶⁰ la condición resolutoria tiene eficacia retroactiva. Si bien, como veremos, se asumen las modulaciones hechas por la doctrina civil, cuando se trata de relaciones de ejecución continuada¹⁶¹. En el caso de actos reglados esta consecuencia jurídica es plenamente lógica. Si la condición se impuso porque al particular le faltaba un requisito esencial de los fijados por la ley (vid infra Cap.10 II B) a.), el incumplimiento de la condición significará que siguen sin darse los requisitos que la norma exige para que se dicte el acto. Y si no se cumplen los requisitos de la norma no hay por qué plantarse límites a la extinción retroactiva del acto. Un principio -atenuado- de retroactividad es el afirmado por GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, para quienes el efecto extintivo de la condición resolutoria se produce a partir del momento del incumplimiento, aunque luego sea necesaria una declaración administrativa¹⁶².

Con carácter general hay que referirse aquí al principio de irretroactividad del acto administrativo (art.57.3 LRJAP)¹⁶³. Pues ya ha quedado expuesto que en Derecho Administrativo el efecto extintivo de la condición resolutoria necesita una resolución administrativa: la declaración de caducidad. Y al ser ésta un acto administrativo, ¿Cómo puede declararse la caducidad con

¹⁶⁰ FERNÁNDEZ DE VELASCO, Ob.cit., p.238

¹⁶¹ El mismo resultado en LAFUENTE, La concesión...cit., p.187, nota 346

¹⁶² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.344

¹⁶³ Principio invariablemente afirmado en la jurisprudencia: Vid. JIMÉNEZ BLANCO, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.331.

efectos a pasado?, ¿No regiría aquí el principio de irretroactividad? Desde luego que en la declaración de caducidad no concurre ninguno de los dos supuestos de retroactividad que admite el art. 57.3 LRJAP : no es ni acto en sustitución de otro anulado (pues no hay ningún control de legalidad sobre el acto) ni produce efectos favorables para el interesado.

De dos formas se puede argumentar la inaplicabilidad del art. 57.3 LRJAP a la declaración de caducidad por cumplimiento de condición resolutoria. La primera explicación tiene un ámbito más restringido que la segunda:

- Es tradicional la pregunta de si hay actos retroactivos por naturaleza¹⁶⁴. La respuesta es afirmativa en relación con los actos de comprobación o declarativos¹⁶⁵. Aunque la retroactividad de que se habla en este caso es muy limitada: se extiende sólo al momento en que se daban los hechos que son objeto de la comprobación. Esta eficacia revocatoria se aplicaría sin dificultad a la declaración de caducidad de un acto por cumplimiento de una condición resolutoria casual¹⁶⁶. Pues en este caso, como ya he dicho más arriba, la declaración de caducidad es en realidad una comprobación, con escaso contenido decisorio.

- Pero aún se puede argumentar una retroactividad más extensa que la del supuesto anterior. Se puede afirmar

¹⁶⁴ BOQUERA, Estudios...cit., p.310; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.50 III

¹⁶⁵ GUAITA, Eficacia del acto administrativo, RAP 25 (1958), p.163; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.50, Párr.III

¹⁶⁶ El mismo resultado en LAFUENTE, Ob.cit., pp.185-186

también una retroactividad que, según la regla del art.1123 Cc., se remonte al momento de perfección del acto. Pues resulta que el principio de irretroactividad del acto administrativo (y por tanto, de la declaración de caducidad) es una derivación de otros dos principios jurídicos: los de legalidad (primacía de la ley) y seguridad jurídica¹⁶⁷. Legalidad significa, en estos casos, que el acto no puede otorgarse a sí mismo más efectos (por ejemplo, a pasado) de los que dispone la norma¹⁶⁸. Pero este principio no es obstáculo a la eficacia retroactiva de la declaración de caducidad. Se trata de una simple cuestión de interpretación normativa. Al aplicar una ley, el intérprete puede identificar que ciertos "condicionamientos" o gravámenes son, por su importancia o esencialidad, verdaderas condiciones resolutorias. Y éstas despliegan sus efectos normales, según las reglas del Derecho común. El intérprete de la ley se limita aquí a calificar una determinada cláusula como "condición resolutoria"; qué efectos produce ese tipo de cláusula lo dice nuestro Código civil (Derecho común). En segundo lugar, hay que considerar el principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE). En concreto, uno de sus elementos: protección de la confianza legítima. Este principio sólo se puede alegar por quien se encuentra propiamente en una situación de confianza legítima (vid infra Cap.14 I B) b) bb).). Y no lo está -en principio- quien sabe que su derecho está sometido a condición resolutoria casual o quien incumple el contenido de una condición resolutoria potestativa. Aquí, entonces, puede haber retroactividad de la declaración de caducidad, porque no hay una situación de confianza (legítima) que reclame la plena vigencia del principio de

¹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I, p.542; sólo referido a la seguridad jurídica: GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.341; BOQUERA, Estudios...cit., p.304

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ DE VELASCO, Ob.cit., p.269; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.43, párr.15

seguridad jurídica.

Sobre los datos arriba expuestos se puede elaborar una solución en Derecho administrativo español:

1. En los actos de ejecución inmediata se sigue plenamente el tradicional efecto retroactivo del art. 1123 C.c. Esta es la solución para las subvenciones. Incumplido el fin de la subvención procede su devolución, con los intereses de demora a partir del momento del pago de la subvención, no sólo desde que se produce el incumplimiento (en esto se muestra precisamente la fuerza retroactiva). Esta es la solución del art. 89.9 LGP. Ciertamente diferente de la solución alemana del art. 44 a BHO, donde los intereses se agregan a la devolución del principal a partir del incumplimiento de la condición, no desde su pago.

2. Siguiendo a la doctrina civil, el efecto retroactivo de la condición se relativiza cuando se trata de prestaciones continuadas. Lo ya realizado deviene inamovible. Esta solución es aplicable a las concesiones de dominio público, donde el cumplimiento de las condiciones determina la caducidad con efectos "ex nunc"¹⁶⁹. Y entiéndase por ello a partir del momento de cumplimiento de la condición, no desde que se declara la caducidad. La misma solución se puede mantener para la licencias de policía, que determinan una relación duradera entre particular y Administración.

VII. Efectos de la condición suspensiva

Un acto externamente eficaz (esto es, ya comunicado al interesado) puede posponer su eficacia interna hasta la

¹⁶⁹ VILLAR, voz "Concesiones", en NEJ Seix, tomo IV, Barcelona, 1952, p.752; LAFUENTE, Ob.cit., pp.186-187

producción de un determinado hecho. Si tal hecho tiene lugar, el acto administrativo comienza a surtir sus efectos típicos; si se determina que el hecho ya nunca se producirá el acto administrativo no llega a desplegar sus efectos.

En Alemania el cumplimiento de la condición tiene eficacia "ipso iure"¹⁷⁰. Determina automáticamente, sin necesidad de nueva declaración de la Administración, el inicio de la eficacia interna del acto. Este régimen es parcialmente beneficioso para el particular, pero también tiene su parte oscura: la inseguridad jurídica que crea el no saber con certeza que la Administración tiene la condición por cumplida¹⁷¹. Junto a ello, es criterio general que el cumplimiento de la condición genera efectos "ex nunc", a futuro, no desde el momento de notificarse el acto o cualquier otro momento anterior¹⁷². Esta solución es conforme con la codificación civil alemana (aunque sólo para relaciones obligacionales¹⁷³), donde sólo se dota de eficacia retroactiva a la condición si hay acuerdo entre las partes (art.159 BGB).

Para España se puede afirmar, en defecto de declaración normativa expresa, la eficacia "ipso iure" de la condición suspensiva de la resolución administrativa. En primer lugar, porque ese automatismo es propio de la condición suspensiva en Derecho civil. En segundo lugar, porque produce efectos

¹⁷⁰ KORMANN, Ob.cit. p.137; ELSTER, Ob.cit., p.60; MEYER/BORGS, Ob.cit., p.290; SCHIMMELPFENNIG, Ob.cit., p.117

¹⁷¹ SCHIMMELPFENNIG, Ob.cit., p.117

¹⁷² KORMANN, Ob.cit. p.137; MEINECKE, Anmerkung zu BVerwG Urteil v. 11.2.1983 7 C 70.80, DVBl 1984, p.726. En contra, aunque sólo en relación con las condiciones en subvenciones: GÖTZ, Rückforderung von Subventionen, NVwZ 1984, p.483; STÖBER, Ob.cit., p.272.

¹⁷³ M.WOLF, Ob.cit. p.1232; HEFERMEHL, Ob.cit., p.359

beneficiosos para el particular. La eficacia interna de la acto administrativo no se debe demorar por una posible tardanza de la Administración en la comprobación del cumplimiento de la condición. Pero, al igual que se ha dicho para el Derecho alemán, la eficacia "ipso iure" del cumplimiento de la condición suspensiva crea inseguridad en el receptor del acto. Sólo se supera la incertidumbre cuando la Administración constata y declara que se ha cumplido la condición¹⁷⁴.

Y también se puede afirmar eficacia "ex tunc" para el cumplimiento de la condición suspensiva. Ese es el modelo del art. 1120 C.c.¹⁷⁵: "Los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla..." "En las obligaciones de hacer y no hacer los Tribunales determinarán, en cada caso, el efecto retroactivo de la condición cumplida"¹⁷⁶. Este

¹⁷⁴ Una solución equilibrada puede ser la contenida en el art. 13.1 de la Instrucción de 1963 para la aplicación del RAMINP. Se dispone en este precepto que la Administración cuenta con dos meses para la comprobación de si se han instalado las "medidas correctoras" impuestas al titular de licencia de apertura. Durante ese tiempo, el cumplimiento de la condición suspensiva (la instalación de las medidas correctoras) no despliega efectos "ipso iure", sino que está sometida a la comprobación administrativa. Más allá de esos dos meses, la comprobación administrativa no impide el efecto automático del cumplimiento de la condición suspensiva.

¹⁷⁵ Y del Derecho anterior al C.c., según SÁNCHEZ ROMAN, Ob.cit., p.122

¹⁷⁶ Ciertamente que el mismo art. 1120 dispone que "Si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos, a menos que por la naturaleza y circunstancias de aquélla deba inferirse que fue otra la voluntad del que la constituyó". El hecho de que el deudor se quede con los frutos es una excepción a la retroactividad, pero no rompe el principio, sino que corrige sus posibles efectos negativos (ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.854). La excepción se puede explicar como compensación que recibe el deudor por los cuidados y cargas que se le han exigido como poseedor condicional (MANRESA, Comentarios al Código civil T. VIII, Madrid, 1901, p.127). El

suspensiva? Se pueden determinar, siguiendo a la literatura civil¹⁷⁹, los siguientes efectos:

- Conservación (o convalidación) de los actos del particular "conditio pendet".
- La validez del acto administrativo hay que referirla al momento en que fue dictado, no a aquél en que se cumple la condición.
- Invalidez de otros actos administrativos dictados "conditio pendet" e incompatibles con el primero.
- Inaplicabilidad de nuevas leyes aprobadas durante el período de pendencia del acto administrativo.

VIII. La protección del estado de pendencia.

A) Reglas civiles de protección del estado de pendencia.

Es propio del Derecho civil la elaboración de un sistema de protección del estado de pendencia, en la fase de incertidumbre sobre si la condición va a tener lugar o no. Como efectos típicos del negocio jurídico en situación de pendencia, aparte de los futuros efectos retroactivos del cumplimiento de la condición, se pueden citar¹⁸⁰:

a) Los efectos del acto no dependen ya de la voluntad de las partes, sino de la concurrencia de un hecho; al estar las partes ya vinculadas¹⁸¹ ninguna puede revocar unilateralmente el negocio¹⁸²

¹⁷⁹ MONTES, Ob.cit., p.1104

¹⁸⁰ Sigo el esquema general de M.WOLF, Ob.cit., pp.1229 y 1230

¹⁸¹ PUIG BRUTAU, Fundamentos..., cit., p.95

¹⁸² LARENZ, Allgemeiner...cit., p.500

b) Protección del beneficiado por el negocio (titular de un "derecho eventual"¹⁸³) . Ello se manifiesta en: deber de diligente conservación de la cosa que se ha de entregar (arts.1122.2 y 4 C.c)¹⁸⁴; acciones (cautelares¹⁸⁵) para la conservación del derecho eventual (art.1121 C.c)¹⁸⁶; prohibición de injerencia sobre el cumplimiento de la condición (art.1119 C.c)¹⁸⁷

c) Obligación de comportamiento conforme a la buena fe contractual (p. ej: obligación de comunicación de las incidencias sobre la condición, así como su cumplimiento).

¹⁸³ TORRES DE CRUELLS, Ob.cit., pp.1221-1222 y 1228; DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit. p.221; HEFERMEHL, Ob.cit., p.359; con tono crítico respecto de "derechos subjetivos de espera": LARENZ, Allgemeiner...cit., p.504-505

¹⁸⁴ En el mismo sentido, Art. 160 BGB (Responsabilidad durante el período de pendencia): (1)"El titular de un derecho sometido a condición suspensiva puede exigir de la otra parte, en caso de concurrencia de la condición, una indemnización cuando la otra parte durante el estado de pendencia ha frustrado o perjudicado culposamente el derecho sometido a condición. (2)El mismo derecho y bajo los mismos requisitos tiene, en el caso de un negocio jurídico sometido a condición resolutoria, aquél a quien beneficia el restablecimiento de la situación jurídica anterior"

¹⁸⁵ TORRES DE CRUELLS, Ob.cit., p.1230

¹⁸⁶ Con la misma función, en Derecho civil alemán: cabe: "Arrest" (ar. 916.2 ZPO); "Einstweilige Verfügung" (arts. 935 y ss. ZPO) y en general, derecho a que la otra parte omita todo perjuicio en el derecho suspendido y tome todas las medidas precisas para su mantenimiento.

¹⁸⁷ Con la misma finalidad, ar.162 BGB:(Influencia inadmisiblesobre la condición) "(1)En caso de que la entrada de la condición sea contra la buena fe impedida por aquella parte a quien perjudica, se tiene la condición por cumplida. (2)En caso de que la entrada de la condición sea, contra la buena fe, provocada por aquella parte a quien beneficia, se tiene la condición por no cumplida.

B) ¿Estado de pendencia en el acto administrativo?

La estructura de la situación de pendencia es inadecuada para el acto administrativo. Pero se pueden hacer varias distinciones:

a) Estado de pendencia para la Administración.

No se puede identificar en la Administración una situación de espera, o un derecho de espera, cuando dicta un acto con condición resolutoria. Desde luego, no se puede identificar esta situación en las licencias de actividad: en una licencia de apertura la Administración ni se beneficia ni espera el cumplimiento de una condición resolutoria que extingue la licencia; no se da por tanto la confrontación derecho actual-derecho de espera. Por otro lado, el especial poder de la Administración, la decisión ejecutoria, hace superflua la protección de la Administración durante el estado de pendencia. La orden de policía garantiza suficientemente cualquier estado de pendencia. Y por último, en la "situación de pendencia" la Administración dispone a menudo de "ius puniendi", lo que hace innecesaria la aplicación analógica de reglas del Código civil.

b) Estado de pendencia para el particular.

Para el caso de que la situación de pendencia sea para el particular (así, acto administrativo con condición suspensiva) el sistema jurídico-administrativo de protección se compone de control de legalidad de la actuación administrativa (art.106.1 CE) e indemnización de daños por responsabilidad administrativa (art.106.2 CE):

aa) Control de legalidad.

El acto administrativo con condición suspensiva es ya externamente eficaz. Si no concurre una causa de revocación (modificación de circunstancias objetivas, etc.) la Administración no puede actuar desconociendo el acto dictado (actuación materialmente revocatoria). Ello queda garantizado mediante el recurso de anulación contra el nuevo acto incompatible con el ya dictado. Pero, al igual que ocurre en Derecho Civil, el juicio declarativo (en este caso, para la anulación del acto materialmente revocatorio de aquel otro que se encuentra en suspenso) no es el mejor medio de protección de una estado de pendencia, por definición transitorio¹⁸⁸. Lo verdaderamente efectivo es la medida cautelar que pueda adoptarse durante el proceso. Y esto es precisamente lo que falta en el proceso contencioso-administrativo, donde las medidas cautelares se limitan a la suspensión del acto, y sólo para el caso en que se puedan "...ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil" (art.122.2 LJCA).

bb) Responsabilidad patrimonial.

Resulta que el proceso contencioso-administrativo protege insuficientemente el estado de pendencia del particular. Entonces sólo queda como garantía la reparación de daños (indemnización por responsabilidad: art.142.4 LRJAP) cuando del proceso contencioso resulte que la Administración no respetó el estado de pendencia de un acto administrativo ya dictado. Se trata en todo caso de una garantía subsidiaria y complementaria del control de legalidad de la actuación

¹⁸⁸ TORRES DE CRUELLS, Ob.cit., p.1231, que critica que las acciones cautelares del art. 1121 C.c. no dispongan de un proceso propio.

administrativa. Su función es llegar allí donde el contencioso-administrativo ya es ineficaz. Por tanto, el Tribunal debe proteger, con medida cautelar o por sentencia, la situación de pendencia de un acto administrativo ya dictado. Sólo cuando esa protección es imposible o ineficaz actúa la responsabilidad por daños¹⁸⁹.

C) Influencia inadmisibile sobre la condición.

La norma contenida en los arts. 1119 C.c. y 162 BGB (Influencia inadmisibile sobre la condición) es de más discutida aplicación al acto administrativo. Si la Administración impide o provoca el cumplimiento de la condición ¿Se tiene ésta por cumplida o no cumplida? Esta solución es aceptada por gran parte de la doctrina¹⁹⁰ y supuestamente por la jurisprudencia alemana¹⁹¹. Aquí se sigue el criterio contrario. Con los siguientes argumentos:

¹⁸⁹ La reparación de daños (responsabilidad) no es una opción -ni de la Administración, ni de los Tribunales- frente a la anulación de un acto materialmente revocatorio que no se acoge a los supuestos permitidos por la ley. Lo que es ilegal ha de ser anulado, no basta con la reparación de daños. Este planteamiento, en BVerfGE 58,300,324 (Naßauskiesung) y en MAURER, Allgemeines...cit., Cap.26, párr.42.

¹⁹⁰ TOLEDO JAUDENES, La caducidad...cit., p.97; FORSTHOFF, Ob.cit., pp.163 y 169; KOPP, VwVfG, cit., art.36, párr.24; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.413; y entre los iusprivatistas: HEFERMEHL, Ob.cit., p.363; M.WOLF, Ob.cit., p.1243. En contra: OBERMAYER, Kommentar...cit., p.580; SCHACHEL, Ob.cit., p.132 (sin argumentación).

¹⁹¹ KOPP (VwVfG, cit., art.36, párr.24) cita las siguientes sentencias del BVerwG: 9,89; 11,350. Opino que ninguna de estas dos sentencias se refiere en realidad al supuesto del art. 162 BGB (aunque, literalmente, aparece citado). En la primera se trata del cumplimiento de un plazo para presentar una solicitud de indemnización; el plazo, como mucho, puede ser una "conditio iuris" potestativa. En la segunda, el art. 162 BGB se menciona, pero ni siquiera se aplica al caso, que por lo demás tampoco pasaría de ser una "conditio iuris".

a) En primer lugar hay que distinguir cuándo es el mismo órgano administrativo o cuándo es otro el que actúa sobre el cumplimiento de la condición. La actuación de otro órgano es irrelevante para una posible ficción de cumplimiento¹⁹²

b) Los arts. 1119 C.c y 162 BGB refieren un principio jurídico conocido: nadie puede beneficiarse de un comportamiento contrario a la buena fé¹⁹³. Este principio es el que ordena los intereses equivalentes de los particulares en un negocio privado; quien actúa contra la buena fé pierde el apoyo del Ordenamiento jurídico en la protección de su interés. Pero esta situación no se da en Derecho administrativo. En primer lugar, es cuestionable que la buena fé sea directamente aplicable a la Administración¹⁹⁴. En segundo lugar, la ficción del cumplimiento de la condición sólo tiene sentido como criterio ordenador de dos intereses equivalentes en conflicto, donde el beneficio de uno implica el sacrificio del otro. Pero entre el interés público y el privado no se da esa ordenación de intereses. Piénsese con un ejemplo: licencia de apertura suspensivamente condicionada a instalación de medidas ignífugas. Durante el período de pendencia la Administración prohíbe la venta de materiales

¹⁹² TOLEDO JAUDENES, La caducidad...cit., p.98. En la STS 12 abril 1985 (Az.2203) el particular había obtenido una licencia de edificación con un "plazo de caducidad" o "condición resolutoria". El plazo -la condición- se cumple por la dilación del Gobierno civil en tramitar el expediente del art. 79.2 LAU. El Tribunal no tiene la condición por cumplida, sino que declara que sería contrario a la buena fé declararla caducada. En DCE 1135/91/55418/RL (referencia del original, aún no publicado) la inejecución de obras de una concesión de dominio público marítimo-terrestre (que es condición potestativa de dicha concesión) se debe al no otorgamiento de licencia municipal. Pero no por ello se tiene la condición por cumplida; la solución es no declarar la caducidad, aun habiéndose incumplido una condición (resolutoria potestativa) de la concesión.

¹⁹³ M.WOLF, Ob.cit., p.1243; aplicado también al acto administrativo: TOLEDO JAUDENES, La caducidad...cit., p.97

¹⁹⁴ Si la aplica: STS 12 abril 1988 (Az.2203)

ignífugos, por ser contrarios a la salud. ¿Se entiende cumplida la condición? Tal medida de protección del particular sacrificaría no el interés de otro sujeto, sino el interés público. Y entre interés público e interés privado no se da una situación de equivalencia que permita mecanismos reequilibradores automáticos. La actuación administrativa puede ser anulada y puede dar lugar a responsabilidad, pero no se tiene la condición por cumplida.

c) La facultad de incluir una condición en un acto está directamente conectada con la protección del interés público. Con lo que sería inadmisibile una eficacia de esa condición contra el mismo interés público que debía proteger, y ello aun existiendo una actuación ilícita o meramente obstaculizadora de la Administración.

d) Frente al automatismo de las consecuencias jurídicas en Derecho civil, en Derecho administrativo ha de prevalecer la proporcionalidad¹⁹⁵

e) El cumplimiento de condiciones resolutorias necesita en todo caso la declaración de caducidad por la Administración. Pues bien, cuando es la propia Administración quien provoca el cumplimiento de una cláusula resolutoria en perjuicio del particular (p.ej: favorece la llegada de una plazo de caducidad de una licencia de obras) no hace falta tener la condición por no cumplida, simplemente se impide la declaración de caducidad¹⁹⁶

¹⁹⁵ Vid. Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.249

¹⁹⁶ STS 12 abril 1985 (Az.2203)

f) Un régimen de ficción de cumplimiento no llevaría más que a la huida de la condición hacia la reserva de revocación, donde aumenta el margen del maniobra de la Administración.

CAPITULO 5: EL MODO

I. CONCEPTO.

Comienzo proponiendo una definición: el modo es una obligación de hacer, no hacer o soportar, integrada en un acto administrativo favorable, que complementa la situación jurídica básica definida por el acto administrativo¹

Y analizo a continuación los elementos de esta definición:

A) Obligación de hacer, no hacer o soportar.

El modo siempre es un gravamen². Tal carácter tiene en el Ordenamiento, con independencia de que en situaciones concretas el particular se sienta favorecido con el modo (p.ej: mínimas obligaciones de reforma en un local, para una licencia de apertura; el particular resulta beneficiado, en la medida en que esperaba obligaciones muy superiores). Tampoco cambia el planteamiento el que el modo pueda favorecer a un tercero (así, los usuarios de un acuífero, que resultan beneficiados con el modo de máquina depuradora a un

¹ Esta definición coincide sustancialmente con el concepto de modo formulado por GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., 342-343). Pero aquí se va a defender la unidad del modo con el resto del acto, no como acto independiente, a diferencia de la construcción de GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.343)

² WEYREUTHER, Ob.cit., p.236; GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., 204 y similar, con DE MARCOS, en Derecho Administrativo I, cit., p.342; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.181. Vid. STS 18 noviembre 1967 (Az.4750)

concesionario); estamos entonces ante actos con eficacia para terceros (Drittwirkung)³; mas el carácter gravoso del modo se define no en relación con estos sujetos, sino con el destinatario principal del acto. Por lo demás, el carácter gravoso del modo es expreso en la definición que da el art. 36 II 4 VwVfG: "determinación que impone un hacer, tolerar u omitir al particular beneficiario del acto".

En la formación conceptual del modo, en Derecho civil, está clara la nota de obligatoriedad⁴. Aunque el Código civil no utiliza el término "modo", este concepto está presente tanto en el contrato de donación como en el testamento. En la donación, el modo (atécnicamente habla el Código de "condiciones"⁵) grava al donatario (art. 647.1 C.c). En la sucesión testamentaria grava el modo ("carga", reza el Código civil) al heredero, o a un legatario (art. 797.1 C.c.). Y la idea primigenia de un negocio con una obligación modal subyace en algunos negocios jurídicos que el Código civil regula hoy de forma unitaria. Así, las sustituciones fideicomisarias o el legado de cosa ajena (legado de un bien, con el modo de adquirirlo de un tercero); e incluso la fundación, cuya inexistencia en el bajo Imperio Romano y en la Edad Media se suple con legados "piae causa" (hechos en favor del Obispo, pero al que a su vez se grava con una

³ SCHACHEL, Ob.cit., p.30

⁴ TORRALBA, El modo en el Derecho civil, Alicante, 1966, p.135; DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.146; de los mismos autores, Sistema...IV, 3.Ed., 1983, p.493: "El modo es una carga o gravamen que se impone al beneficiario de una liberalidad o a un heredero o legatario"

Según TORRALBA (Ob.cit., p.156), el concepto de modo civil no es extensible al acto administrativo, pues en la Administración no hay liberalidad. En contra, con buen criterio, LUCIFREDI (Ob.cit., pp.249-250) que independiza el concepto de modo del rígido esquema civil que distingue entre actos onerosos y gratuitos.

⁵ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.401

obligación modal)⁶. Al mismo resultado se llega con los datos del BGB alemán, donde se contemplan los modos al donatario (arts. 525-527) y los modos en actos "mortis causa" (arts. 1940; 2192-2196); en ambos casos se utiliza el término "Auflage" (carga, gravamen).

Aquí sólo se hace referencia a los modos impuestos por la Administración con propio margen de decisión. Se excluyen los gravámenes impuestos directamente por la ley⁷. KORMANN llama a éstos "modus iuris", pero dice que no pertenecen propiamente al concepto de modo. Y da dos diferencias: el modo legal es coercible porque es ley, no porque es modo⁸; el modo legal se aplica al que se subroga en la titularidad de un acto administrativo, lo que no ocurre con el modo auténtico⁹.

B) En actos administrativos favorables

Es claro que sólo hay modo cuando hay acto administrativo favorable. Igual que sólo hay modos civiles en los negocios gratuitos¹⁰. Los modos en actos de gravamen no dejan de ser pintorescos, aunque hay quien los acepta¹¹. SCHNEIDER propone dos supuestos: 1) Actos que en parte

⁶ CASTAN, El modo en los actos jurídicos, RDP 1918, p.94. Parece claro que el modo sirvió, ya en Derecho romano, para romper la tipicidad de algunos actos jurídicos: DE LOS MOZOS, voz "Modo", en NEJ Seix, Tomo. XVI, 1978, p.545

⁷ El mismo planteamiento, en Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.250; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.181.

⁸ KORMANN, System...cit., p.414

⁹ KORMANN, System...cit., p.138

¹⁰ TORRALBA, Ob.cit., p.147. Es precisamente la liberalidad la que ha de proporcionar los medios para el cumplimiento del modo: DE LOS MOZOS, Modo...cit., p.549

¹¹ Por ejemplo: SCHACHEL, Ob.cit., p.30, nota 53

favorecen y en parte perjudican; 2) Actos que conceden menos de lo que el particular había solicitado; el primer caso, aunque difícil, es teóricamente posible; en el segundo hay un planteamiento falaz, porque el acto que favorece menos de lo querido a lo sumo puede ser ilegal, por no beneficiar todo lo que la norma dispone, pero sigue siendo un acto favorable (en suma, el agravio subjetivo no supone la mutación de la tipicidad favorable de un acto).

C) El modo es parte integrante del acto administrativo

a) Sobre la doctrina de la naturaleza independiente del modo.

El modo actúa sobre el contenido favorable del acto. Pero mantiene entidad propia en relación con el "acto principal". Esta identidad propia se ha llevado hasta el límite de afirmar que el modo es un acto administrativo independiente. Y decir que el modo es parte de un acto administrativo u otro distinto no es cuestión baladí. Al menos dos consecuencias se derivan de su solución¹²:

1- Impugnación o revisión independiente de un modo. 2- Intransmisibilidad del modo, cuando se transmite la licencia o autorización¹³.

La doctrina del carácter independiente del modo está muy influida por la sistemática de actos en Derecho de policía. La prevención de una situación de peligro se puede realizar mediante una licencia de policía (que levanta una prohibición

¹² KORMANN, System..cit., p.138

¹³ Sin embargo STELKENS/BONK/LEONHARDT (Ob.cit., p.603), que afirman la independencia del modo, sostienen que éste tiene también efectos para un sucesor en la situación favorable (licencia, autorización). La misma tesis en SIMON, Ob.cit., art.74, párr.35

general)¹⁴ o mediante una orden de policía¹⁵. Ambos son actos independientes. Y al modo se le asimila precisamente con la orden de policía: obligación impuesta al particular para evitar o prevenir peligros. Con ello se dota de independencia al modo, en lugar de integrarlo en el acto favorable, en la licencia de policía¹⁶. Mas este planteamiento ni fue así desde sus orígenes ni es capaz de aprehender la figura del modo en su totalidad.

OTTO MAYER no llegó a extremar la identidad propia del modo. Trató la carga o modo en dos tipos de actos administrativos: la autorización de policía (Polizeierlaubnis) y la concesión de dominio público (Gebrauchsrecht öffentlicher Sachen):

En el permiso de policía diría OTTO MAYER que "la carga es, según su naturaleza, una orden, una orden de policía, mandato o prohibición"¹⁷, pero también afirmaba que "no toda disposición dada con un permiso es una carga; también se puede tratar de una orden independiente que se conecta de una

¹⁴ Otto MAYER, Deutsches... I (Trad. esp.), cit., p.37

¹⁵ Otto MAYER, Deutsches... I, (Trad. esp.), cit., p.59

¹⁶ Por ejemplo, en el ámbito del D.833/1975 (Reglamento de contaminación atmosférica) la Administración fija en la licencia de instalación de industria las "medidas correctoras" convenientes (art.60), pero con independencia de la licencia, la Administración puede "adoptar las medidas que juzgue(n) necesarias...". En ambos casos se puede tratar del mismo tipo de "medidas correctoras"; las unas como cláusulas de la licencia; las otras como órdenes de policía.

La misma situación se da en Alemania con el art.5 Gaststättengesetz (Ley de hospederías), que expresamente declara que los modos en las licencias de policía tienen el mismo contenido que las órdenes de policía para los establecimientos que no necesitan licencia.

¹⁷ Otto MAYER, Deutsches... I, cit., p.251

forma especial como orden o prohibición"¹⁸. Parece aquí que el modo o carga es un tipo especial de orden de policía; no independiente, sino una parte del permiso. Además, OTTO MAYER incluía dentro del concepto de modo los "límites" del propio permiso¹⁹.

Este planteamiento es aún más claro en relación con la concesión de dominio público²⁰, donde enumera OTTO MAYER una tipología de posibles modos²¹. En ellos ya no se dan indefectiblemente las notas de la orden de policía. Se contienen así "Modos de utilización" (Verwendungsauflagen) y "obligaciones patrimoniales" (Vermögenspflichten)

La construcción del modo como acto independiente es hija de KORMANN: "El modo es, al contrario que la condición, una declaración de voluntad independiente, sólo externamente adherida al negocio jurídico principal"²². Desde entonces,

¹⁸ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.251 nota 24

¹⁹ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.250. Según ELSTER (Ob.cit., p.43), citando a Otto MAYER (Deutsches...I, cit., p.297, de la 1.Ed.) estos límites ni siquiera eran cláusulas accesorias.

²⁰ Otto MAYER utiliza el concepto francés de "domaine publique", que sin embargo no se ha impuesto en Alemania (a excepción de Hamburgo). Pero aunque las cosas públicas sean bienes patrimoniales, el régimen de aprovechamiento, mediante concesión (Bewilligung) o autorización (Erlaubnis) no difiere sustancialmente de nuestro régimen de aprovechamiento del dominio público.

²¹ Otto MAYER, Deutsches...II, cit. pp.305-307

²² KORMANN, Ob.cit., p.138. Aunque también el autor reconoce que las delimitaciones del contenido del acto pueden ser "cargas negativas" (p.140)

este planteamiento es constante en la doctrina alemana²³. Marginales son hoy las tesis de SULSER, HÖNIG y BADURA, para quienes efecto favorable y modo son componentes de un sólo acto administrativo²⁴. En España se ha ocupado de la cuestión GALLEGO ANABITARTE, quien aceptando las tesis de KORMANN afirma: "el modo no integra el contenido del derecho sino que constituye una obligación que se añade al derecho otorgado"²⁵. Una postura intermedia, pero inocua, se halla en STELKENS que califica al modo de "acto administrativo material", esto es, contiene una decisión independiente, pero englobada en un "acto administrativo formal"²⁶

Recurriendo al Derecho civil tenemos a CASTAN quien llegó a afirmar, al referirse al modo testamentario: "La obligación que asume el adquirente no está en correlación con la disposición principal. No puede hablarse de reciprocidad, porque quien dispone no sufre ningún sacrificio económico. La carga es, pues, un elemento extraño al acto, nunca su causa"²⁷. Ello no puede ocultar, sin embargo, posiciones

²³ FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Ed., Tübingen, 1928 (reimpresión, 1963), p.187; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.10; WEYREUTHER, Ob.cit., p.234; EHLERS, Verwaltungsrechtsgematik und modifizierende Auflage, VerwA. 67 (1976), pp. 371 y 375; KOPP, VwVfG, cit., pp.573-574; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.602; MAURER, Allgemeines...cit., p.275.

²⁴ SULSER, Ob.cit., p.15; HÖNIG, Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei Verwaltungsakten (tesis doctoral multicopiada), München, 1968, p.64; BADURA, Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage, Jus 1964, p.103.

²⁵ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.204; y con DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.343.

²⁶ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.602

²⁷ CASTAN, El modo...cit., p.96; coincidiendo en el planteamiento: TORRALBA, Ob.cit., pp.94 y 95. Aunque hay que anotar que CASTAN, en su Derecho civil...cit., p.595, afirma que "la declaración de voluntad es un todo inseparable, y

"contractualistas", que elevan el modo a obligación asumida por el heredero mediante la aceptación de la herencia (así ocurría en Derecho romano justinianeo²⁸); y también, que el que el modo no éste causalizado no significa que no forme parte del mismo acto, del mismo negocio jurídico. En cuanto a la donación modal diría CASTAN que "la obligación modal en las donaciones no es causa de la transmisión patrimonial y, por tanto, no hay en ellos sinalagma"²⁹; mas en contra se encuentran opiniones antiguas y nuevas que parten del carácter sinalagmático de la donación y el modo³⁰ o causalizan el modo³¹.

b) La necesaria vinculación de acto y modo.

Lo cierto es que cuando la doctrina administrativa enuncia el carácter independiente del modo, no lo hace de forma absoluta³². Se habla entonces de una "carga unida"³³, "vinculación externa"³⁴ "vinculación formal, aunque

sería erróneo suponer que puede descomponerse en una determinación principal y otra accesoria o limitativa de la primera"

²⁸ CASTAN, El modo...cit. p.97; TORRALBA, Ob.cit., p.43

²⁹ CASTAN, El modo...cit., p.,100

³⁰ PLANIOL, Traité élémentaire de Droit civil, T.II, 6a Ed. París 1911-13, p.433, citado por el propio CASTAN, El modo...cit., p.99

³¹ "La atribución sigue siendo gratuita, y lo que ocurre es que en su causa (liberalidad) se causaliza también el propósito de obtener un determinado resultado": DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit. p.147

³² O distingue dos tipos de modos, el independiente y el que forma parte del acto. Así, SIMON, Ob.cit., art.74, párr.35

³³ GALLEGU ANABITARTE, La acción...cit., p.204

³⁴ KORMANN, Ob.cit. p.138

no material"³⁵ al acto administrativo principal, "orden condicionada" (bedingter Befehl)³⁶, "subordinación" o "accesoriedad"³⁷. Se trata en suma de explicar efectos que un modo como acto absolutamente independiente no consigue aclarar: Por qué se impone el modo (independiente) sólo cuando existe un acto favorable. Por qué el incumplimiento de un modo (independiente) puede llevar a la revocación del acto administrativo principal.

Decimos que la teoría de la independencia del modo nunca se lleva a extremos absolutos. Se buscan fórmulas de conexión con el acto administrativo principal. Estas son:

aa) Dependencia del modo respecto del acto administrativo principal:

1. Conexión material (Sachzusammenhang) entre el acto y el modo³⁸. Aunque en esta conexión entre modo y acto administrativo favorable se ha admitido que no es necesaria una identidad de objeto³⁹. Esta idea la refleja también el Tribunal Federal alemán, que afirmando la unidad entre licencia de derribo y un modo reconoce que ambos se pueden

³⁵ HUBER, Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten (tesis doctoral multicopiada), Zürich, 1955, p.243

³⁶ Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, 3.Ed., 1931 (Addenda, 1950; reimpresión 1966), p.253

³⁷ KOPP, VwVfG, cit., p.573

³⁸ Así, BVerwGE 36,45 identifica conexión material entre un modo de reversión de instalaciones al final de una concesión para presa; pero no hay conexión material entre esa concesión y el modo de reversión de las instalaciones para la producción de energía eléctrica, que es el fin económico a que el particular ha destinado la concesión (vid. en detalle infra Cap. 10 V A).).

³⁹ ELSTER, Ob.cit., p.135

referir a objetos materiales distintos⁴⁰.

2. Otra posibilidad tradicional de conexión consiste en concebir el modo como prevención o eliminación de las consecuencias negativas que el disfrute de un acto administrativo puede traer consigo⁴¹. Esta formulación está muy apegada a las licencias de policía, pero fuera de este ámbito también tiene sentido: Por consecuencias negativas de un acto favorable hay que entender hoy no sólo las referidas al orden de policía, sino también a un uso no social de un beneficio público (p.ej, una subvención; una dispensa urbanística).

3. El efectivo disfrute del acto administrativo principal como condición de eficacia del modo⁴². Sería ésta otra posibilidad de conexión, ahora meramente externa, del

⁴⁰ BVerwGE 55,135. En el caso, una licencia de derribo de un edificio de viviendas (a cuya obtención no hay un derecho previo) se otorga con un modo económico de 150 marcos por m² de derribo, como contribución a la construcción de nuevas viviendas sociales. El Tribunal Federal reconoce que lo autorizado (el derribo) y el modo (la cantidad a pagar) no se refieren al mismo objeto material, lo que no es óbice para que ambas disposiciones constituyan un sólo acto administrativo.

⁴¹ SCHELLONG, Über die Bedeutung der Bedingung im Sinne der Reichsgewerbeordnung, über die Befugnis der Polizeibehörde zur Schließung einer genehmigten gewerblichen Anlage und über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten polizeilichen Schließung, VerwA. 18 (1910), 40 y ss. De aquí toma Otto MAYER la misma idea para el permiso de policía (Deutsches...I, cit., p.250): "La carga se mueve en la misma línea que la norma, de cuyo mandato prohibitivo libera la licencia"; también HÖNIG, Ob.cit., p.70.

En la regulación de las licencias de policía en Alemania se da típicamente esta vinculación del modo a la prevención de peligros: Licencias de armas (arts.10; 21 IV, 41 y 35 Waffengesetz -Ley de 8 de marzo de 1976-); licencias de hospederías (art.5 I Gaststättengesetz).

⁴² GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.239

modo con el acto administrativo. Admite dos formulaciones:

- Sólo el disfrute del contenido favorable del acto permite cumplir con el gravamen que supone el modo⁴³. Así, sin disfrutar el beneficio de la subvención no hay capacidad económica para cumplir con sus posibles modos.

-El modo persigue la prevención o eliminación de los efectos perjudiciales de un acto favorable. Y entonces, sólo cuando el particular se sirve del acto despliega el modo su fuerza de obligar⁴⁴. Se dice así que el modo está suspensivamente condicionado (a que el particular disfrute del acto favorable), pero también sometido a condición resolutoria (el modo deja de obligar cuando el particular deje de servirse del acto administrativo)⁴⁵. HÖNIG ve en este condicionamiento de eficacia del modo un criterio de distinción con la orden u obligación independiente, pues ésta sería eficaz con independencia de que el particular disfrutara o no del efecto favorable del acto⁴⁶.

Pero esta formulación del modo (independiente) condicionado al disfrute del derecho plantea problemas. Hay modos que obligan antes del disfrute del derecho (Vorwirkende

⁴³ Este planteamiento para Derecho civil, en TORRALBA, Ob.cit., p.137; y DE LOS MOZOS, Modo...cit., p.549

⁴⁴ Otto MAYER, Deutsches...I,cit., p.251; KORMANN, Ob.cit., p.144; SCHACHEL, Ob.cit., pp.28 y 32 (notas 65 y 66); STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.604; ELSTER, Ob.cit., p.75; WEYREUTHER, Ob.cit., p.298, nota 69; Walter JELLINEK, Ob.cit., p.261; VON MANGOLDT, Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwA. 37 (1932) p.107; BLECKMANN, Ob.cit., p.103; GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.239

⁴⁵ HÖNIG, Ob.cit. pp.58 y 62. Por tanto, la anulación o revocación de una licencia también extingue el modo: VILLAR, La intervención...cit., p.367;

⁴⁶ HÖNIG, Ob.cit., p.65

Auflage) y modos que obligan después de disfrutado el derecho (Folgeauflage)⁴⁷. Además, observo en los planteamientos condicionales (el modo está condicionado en su eficacia al efectivo beneficio del particular) un residuo de relación bilateral sinalgmática incompatible con la unilateralidad del acto administrativo. Reposa aquí la idea de fondo del art. 1124 C.c., esto es, condicionamiento de las obligaciones al disfrute de los derechos.

bb) Dependencia del acto principal respecto del modo.

Según ELSTER, el modo puede ser factor determinante de la existencia del acto administrativo (Entscheidungs determinante)⁴⁸; o a contrario afirma el mismo autor que no estamos ante un modo cuando el gravamen se impondría igualmente, aun sin haber un efecto favorable⁴⁹.

Esta situación se puede presentar de varias formas:

1. Faltan algunos de los requisitos que la norma impone para el otorgamiento de un acto. Estos requisitos se pueden

⁴⁷ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.581; SCHACHEL, Ob.cit., pp.32-33

Ejemplos de estos modos se encuentran en la legislación de aguas española y alemana. El art. 4 del Ley de Aguas de Alemania (Wasserhaushaltsgesetz: WHG) permite la imposición de modos tanto previos (Vorwirkende Auflage: observación y comprobación de la situación anterior al aprovechamiento: 4 II 1 WHG) como posteriores (Folgeauflage: modos para evitar o reparar efectos a terceros después del aprovechamiento de la concesión: 4 I WHG). El art. 108.2 e) RDPH permite la imposición de modos para la "restitución del terreno a las condiciones iniciales"

⁴⁸ ELSTER, Ob.cit., pp.136-137

⁴⁹ ELSTER, Ob.cit., p.137

obviar provisionalmente, mediante la imposición de un modo⁵⁰.

2. La Administración no otorgaría un determinado acto (discrecional) de no ser porque añade un modo a la decisión. La inclusión del modo es determinante para dictar el acto. Se dice que el modo es una tercera posibilidad entre otorgar y denegar⁵¹. Y entonces, si el modo puede determinar el contenido mismo del acto, es claro que no se trata de un elemento extraño al mismo, quizá no se trate del contenido típico y principal, pero desde luego es parte de ese contenido. Ciertamente es que nos movemos preferentemente en el ámbito de las resoluciones discrecionales (o "discrecionalidad vinculada": Ermessenspflicht) pues aquí el modo y el contenido principal son elementos que integran una decisión única, que equilibran internamente beneficios y cautelas.

En este sentido se manifiesta el Tribunal Federal alemán en dos casos:

i) En un asunto de licencia de derribo con un modo (pago de cantidad por m2 derribado). Dice aquí el Tribunal⁵²:

"Ciertamente que en el presente caso son materialemente separables la licencia (de derribo) y el modo, pese a su unión en un solo acto administrativo...Pero debido a la estrecha interdependencia del modo con la licencia de derribo otorgada, pues según la Administración se apoyan sobre una única resolución discrecional (einheitliche Ermessensentscheidung), el recurso sólo puede ser estimado en caso de no existir base legal para la imposición del modo..., o de que el recurrente tuviera

⁵⁰ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.343

⁵¹ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.251; SCHACHEL, Ob.cit., p.29

⁵² BVerwGE 55,135

derecho a la obtención de la licencia sin carga alguna...La indisoluble interdependencia entre las razones que conducen al otorgamiento de la licencia de derribo y las razones por las cuales se impone una obligación de contribuir a los fondos públicos destinados a la construcción de viviendas sociales exige una revisión de la decisión global (Gesamtentscheidung), esto es, de licencia y modo...La Administración ha otorgado la licencia porque a través de la carga de contribuir a la construcción de viviendas sociales resulta una adecuada conexión entre el interés público en la permanencia de los edificios de viviendas y el interés privado en el proyecto de derribo...con la consecuencia de que la decisión discrecional en controversia constituye una unidad..."

ii) En un asunto de permiso de residencia (a un nacional griego), otorgada con la carga de no realizar actividad económica independiente, afirma el Tribunal⁵³

"...Aquí la carga está inseparablemente unida al contenido total del acto administrativo, en concreto existe una vinculación de sentido (Sinnzusammenhang) entre ella (la carga) y el acto administrativo, de tal forma que la decisión discrecional constituye una unidad" (p.261); "...Objeto y duración de la estancia tienen un significado esencial para la decisión sobre el otorgamiento del permiso de residencia. Por tanto es materialmente adecuado (Sachgerecht) formar el permiso de residencia mediante cláusulas accesorias que se refieren al objeto de la residencia que se permite" (p.261)

La interdependencia entre modo y acto principal también se puede afirmar en relación con las subvenciones. El modo y la asignación económica forman una "unidad económica"⁵⁴. Por

⁵³ BVerwGE 56,254

⁵⁴ SCHLEICH, Nebenbestimmungen zu Zuwendungsbescheiden des Bundes und der Länder, NJW 1988, p.237

ello, se afirma, la Administración no necesita una autorización legal expresa para imponer el modo, pues éste no es un gravamen independiente, sino una minoración del monto favorable de la subvención ("Saldotheorie")⁵⁵

cc) Ilegalidad del acto principal sin modo.

Con los siguientes fundamentos:

1. En ocasiones la norma obliga a la Administración a imponer modos⁵⁶.

2. El art.53.2 LRJAP exige que el contenido del acto administrativo se ajuste al Ordenamiento jurídico. Un acto es entonces ilegal cuando no contiene modos para prevenir perjuicios a derechos de terceros reconocidos por el Ordenamiento jurídico (propiedad, seguridad, libertad...). Si el acto administrativo es aplicación del Derecho a un caso concreto, esa concreción lo es de todo el Ordenamiento jurídico; en ese acto administrativo está tanto el beneficio que la norma otorga (o hace posible) como la concreta obligación de no quebrar el resto del orden jurídico, de no disfrutar del beneficio en perjuicio del interés público (y aún más, de no utilizar el beneficio también en favor del interés público). Lo primero, el contenido favorable, es el contenido principal o típico del acto, lo segundo es el contenido modal del acto.

3. También el art. 53.2 LRJAP exige que el acto administrativo sea "determinado". No es determinado un acto que no regula por entero la situación del particular y sus

⁵⁵ SCHLEICH, Ob.cit., p.238

⁵⁶Cfr: GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.343

vinculaciones con terceros. Un acto sin modos (por ejemplo, de protección de terceros) deja parcialmente sin regular la situación jurídica del particular. En esa medida es un acto de contenido "no determinado".

D) El modo como adaptación del acto típico al caso concreto.

Ya se ha visto que el modo está en todo caso conectado con el acto administrativo principal. En ocasiones el modo depende del acto. Otras veces, el acto principal depende del modo. Entonces, el modo es una cláusula con entidad propia. Pero no es un acto administrativo distinto. El art. 64.2 LRJAP se refiere a "partes independientes del acto administrativo". Es decir, un sólo acto administrativo puede contener elementos o cláusulas independientes. Ese es el caso del modo.

Dentro del acto administrativo, el modo cumple una función de "instrumento de adaptación de la resolución administrativa al caso concreto"⁵⁷. Y esto lo puede hacer en varios sentidos⁵⁸:

a) El modo corrige el contenido del acto principal, en la medida en que el contenido beneficioso puede ocasionar también perjuicios para el interés público o para terceros. En este sentido, el modo limita el contenido favorable del acto administrativo (Einschränkungen)⁵⁹. La corrección se

⁵⁷ SCHACHEL, Ob.cit., p.28

⁵⁸ Se exponen varios tipos de modos, sin prejuzgar su validez, cuya estudio corresponde a la Parte Segunda de esta tesis. (vid. infra Cap.13 IV)

⁵⁹ Dentro del concepto de carga (Auflage) en el permiso de policía incluía Otto MAYER los "límites" del propio permiso (Deutsches...I, cit., p.250)

puede manifestar de varias formas:

- Eliminación de perjuicios (mediante "modos de protección", como por ejemplo las "medidas correctoras" de la licencia de apertura: art.33 RAMINP).

- Aminoración de perjuicios (mediante "modos de compensación económica", como son las indemnizaciones a pagar por concesionarios de aguas a terceros perjudicados: arts.57.3, 67 y 68 LA).

- Prevención de perjuicios (a través de "modos de vigilancia", como ocurre en la concesión de aguas: art.115.2 d) RDPH.

- Previsión de perjuicios, por ejemplo, mediante un "modo de seguro privado", como el que obliga al titular de una autorización de instalación y funcionamiento de industria productora de residuos tóxicos: art.33 R.D 833/1988.

b) El modo "permite satisfacer los requisitos previstos por la ley", garantiza que la resolución pueda cumplir los fines generales de la ley"⁶⁰. Es el caso normal de modos en licencias regladas⁶¹, como en el art. 60 R.D. 833/1975 y arts. 36.4, 43.3 y 44.1 RGPE, para licencias de apertura.

c) El modo compensa (reduce o equilibra) el contenido favorable del acto. Así, para limitar un efecto favorable

⁶⁰ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.343

⁶¹ Pero también se pueden dar en actos discrecionales, en cuanto a sus elementos reglados: ELSTER, Ob.cit., p.220,. Un ejemplo sería el art. 108.3 RDPH, que se refiere "condiciones" para conseguir la compatibilidad de la concesión solicitada con el Plan Hidrológico de cuenca.

que, en el caso concreto, es desproporcionado. De esta clase son:

- "Modo de traslado de responsabilidad" (Haftungsklausel), por el que la Administración traslada al titular del acto administrativo la responsabilidad estatal en relación con terceros.

- "Modo de exoneración de responsabilidad" (Freizeichnungsklausel), por la que la Administración se exime de responsabilidad en los daños que pueda causar al titular del acto.

- "Modo de renuncia a indemnización", por ejemplo, para poder otorgar una licencia de apertura en edificio fuera de ordenación (Cfr.STS 7 marzo 1989, Az.1775).

- "Modo de reversión", como en el art.51.4 LA, que impone al concesionario la pérdida de las instalaciones, en favor del Estado, al fin de su aprovechamiento⁶².

- Canon por aprovechamiento del dominio público, como el previsto en los arts.104 y 105 LA.

- "Modos-aportación", como son los que se dan en Derecho alemán en las licencias de cambio de uso urbanístico (Zweckentfremdungsgenehmigung) o derribo (Abbruchgenehmigung). Son aportaciones económicas con las que la Administración podrá reequilibrar el cambio de circunstancias que permite la licencia.

⁶² Este tipo de modo, según SCHACHEL (Ob.cit., p.139) sirve para compensar, en favor de la comunidad, el beneficio económico que obtiene el titular de un aprovechamiento de patrimonio público.

d) El modo complementa el fin típico del acto administrativo. A través del modo se obtienen fines complementarios a los principales perseguidos por el acto principal⁶³. De esta clase son las "condiciones con motivo de la subvención", en el art. 81.9 d) LGP.

e) El modo se adhiere al acto administrativo principal, con un contenido verdaderamente distinto. Es el caso de la tasa por otorgamiento de licencia, como la regulada para la licencia de apertura en el art. 12 OFTLAM⁶⁴.

II. Consecuencias jurídicas del incumplimiento del modo.

El modo obliga, ya ha quedado dicho. La juridicidad de esa obligación se manifiesta en las consecuencias que el Ordenamiento (Derecho positivo y principios del Derecho) dispone para el caso de incumplimiento. Pueden ser de dos clases:

⁶³ Esta es la primigenia función del modo en Derecho romano clásico. Mediante el modo se obtenían fines que la rigurosa tipicidad de algunos actos no permitía alcanzar: TORRALBA, Ob.cit., pp.50-51.

⁶⁴ En el caso de la tasa se puede dudar de que estemos propiamente ante un modo. En expedientes de caducidad de concesiones demaniales, el Consejo de Estado ha reiterado el carácter puramente tributario de la "tasa" (por ocupación del dominio público): DCE de 26 de enero 1978 (Exp.41.462), y lo mismo sostiene LAFUENTE, Ob.cit., p.98, nota 146. La opinión de Otto MAYER era calificar la tasa como carga modal del acto (Deutsches...II, cit., p.307) y con el mismo planeamiento afirmaba KORMANN que el impago de la tasa puede llevar a la revocación del acto (Ob.cit., p.415). Esta tesis se reitera, más recientemente, en HÖNIG (Ob.cit., p.63). Lo cierto es que en nuestro Derecho positivo el pago de la tasa puede tener efectos sobre la eficacia del acto: suspensivos (cfr. art.12 OFTLAM) o resolutorios (cfr.art.79.1 c) LC)

- Internas a la situación jurídica definida por el acto: ejecución forzosa del modo y revocación del acto;
- Externas a esa situación jurídica: sanciones administrativas.

A) Ejecución forzosa del modo

El modo ha impuesto al particular una obligación. Si el particular no la cumple voluntariamente entran en acción los instrumentos de ejecución forzosa. Según enumeración del art. 96.1 LRJAP: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva, compulsión sobre las personas⁶⁵.

La justificación de la ejecución forzosa del modo se suele relacionar con su general caracterización como acto administrativo independiente: el modo sería un acto de gravamen, ejecutable como cualquier otro⁶⁶. Sin embargo, creo que se puede llegar al mismo resultado aun negando la independencia del modo. Si un acto puede ser sólo parcialmente gravoso, sólo parcialmente ilegal (art. 64.2 LRJAP) y sólo parcialmente anulado (art.83 LJCA), entonces la ejecución forzosa también puede referirse a únicamente una parte del acto. La LRJAP no impide que un acto complejo (favorable y de gravamen) sea forzosamente ejecutado en su contenido obligatorio⁶⁷. Es un sólo acto administrativo el

⁶⁵ En términos similares, en Derecho alemán: arts. 1 y 9 VwVG

⁶⁶ ELSTER, Ob.cit., p.79

⁶⁷ Lo mismo sostiene SCHNEIDER (Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, Berlin, 1981, pp.33 y 37) en relación con el art. 6 VwVG (Verwaltungsvollstreckungsgesetz), que reza: "el acto administrativo que dispone un dar, hacer, tolerar u omitir puede ser forzosamente ejecutado con los medios del art.9..."

que se ejecuta, si bien sólo en lo que hace a la carga modal que contiene.

La idea de la ejecución forzosa del modo no es privativa del Derecho público, aunque aquí tiene fundamento propio. En Derecho privado también se puede dar la ejecución del modo (en este caso, evidentemente, mediando resolución jurisdiccional). Para el testamento, el Código civil no contiene una previsión concreta de que el modo sea judicialmente exigible; sí lo acepta, en cambio, el Tribunal Supremo⁶⁸. En cuanto a la donación, tampoco el Código civil dispone el cumplimiento coactivo del modo ("condiciones", en términos del art. 647 C.c.), esta posibilidad es sin embargo comúnmente aceptada⁶⁹. Queda expuesto así que en Derecho civil el incumplimiento del modo no lleva sin más a remedios extintivos del negocio jurídico, sino que es posible exigir el cumplimiento propio de la obligación modal. Y para ello no ha sido necesario hacer del modo un negocio jurídico independiente.

La ejecución forzosa del modo en Derecho administrativo se explica desde el Derecho de policía. En este ámbito, el modo es una orden "unida" al acto administrativo favorable con la que se pretende evitar consecuencias secundarias

⁶⁸ Cfr. DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...IV, cit., p.494. DE CASTRO, en ALBACAR/DE CASTRO, Código civil, doctrina y jurisprudencia, tomo III, 2. Edición, noviembre 1991, art.797, pp.632 y 634. Este cumplimiento coactivo del modo también está previsto en el art. 2196.2 BGB: "La misma regla (restitución de la herencia o legado) se aplica cuando el gravado con un modo que no puede ser cumplido por un tercero resulta condenado mediante sentencia firme y su ejecución se muestra ineficaz"

⁶⁹ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit. p.402

El art. 527 BGB sí prevé expresamente la posibilidad de que un tercero favorecido por la donación (aunque no el propio donante) exija el cumplimiento cabal del modo, impidiendo entonces la revocación de la donación por el donante.

negativas. En este sentido, el incumplimiento del modo hace surgir los peligros o daños temidos, y se provoca entonces una típica coacción, la ejecución de una orden de policía. Esta identificación conceptual del modo con la policía administrativa (o "eliminación de peligros" - Gefahrenabwehr-, en una formulación más reciente) permanece incluso en el ámbito del aprovechamiento del dominio público; el modo sigue respondiendo a la idea de preservación del interés público, que se puede ver afectado por el disfrute de un derecho de aprovechamiento.

Evidentemente, la forma de ejecución en cada caso procedente dependerá del contenido obligatorio del modo. Si es carga económica, apremio sobre el patrimonio; cuando sea obligación de hacer, multa coercitiva (obligación personalísima) o ejecución subsidiaria; si se trata de un no hacer, multa coercitiva o compulsión sobre las personas.

En la doctrina española señala GALLEGO ANABITARTE que "el modo, por lo tanto, no afecta a la eficacia del acto de forma directa, sino que se puede exigir independientemente, y en caso de no ser cumplido, acarrea una sanción"⁷⁰. Pero las leyes administrativas españolas apenas prestan atención a la ejecución forzosa por incumplimiento de una carga modal (Un supuesto marginal se regula en el art. 107.1 LC: vid. infra Cap.19 III C).). Estas leyes, por regla general, prevén la declaración de caducidad (o revocación) ante el incumplimiento de cualquier "condicionamiento" del acto administrativo. Será, por tanto, una labor de interpretación el determinar cuándo lo que la ley llama genéricamente "condición" o "condicionamiento" es en realidad un modo; y cuándo, en consecuencia, tendrá lugar la ejecución forzosa del gravamen modal (vid. infra Cap.9 II B).).

⁷⁰ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.204

B) Revocación del acto.

a) Regulación legal.

Ahora, ante el incumplimiento de la obligación modal la Administración no ejecuta forzosamente, sino que elimina el acto del cual el modo es parte⁷¹. En nuestra codificación administrativa no está reconocida, con carácter general, la facultad administrativa de eliminar un acto administrativo por incumplimiento de una cláusula modal. En unos casos, las leyes administrativas especiales regulan con generosidad la eliminación del acto, por cualquier incumplimiento de las cláusulas del acto (p.ej: art. 79.2 LC: "caducidad" de concesión; art.81.9 d) LGP: reintegro de la subvención; art.38 RAMINP: retirada definitiva de la licencia; art.46.1 RGPE: revocación; art.29 R.D. 833/1988: pérdida de eficacia). Otras veces, como en la concesión de aguas (art.64 LA), la ley sólo prevé la extinción (caducidad) por incumplimiento de las "condiciones esenciales", lo que parece excluir el incumplimiento de modos. De aquí se derivan dos cuestiones: una, determinar si es posible la revocación de un acto administrativo, por incumplimiento de un modo, cuando la ley no dice nada; otra, precisar en qué casos el incumplimiento de un modo debe ser contestado con la revocación, cuando ésta está prevista muy ampliamente en la ley.

En Derecho alemán, el incumplimiento del modo está regulado en la ley de procedimiento administrativo (VwVfG) como supuesto específico de revocación (sin indemnización); dice el art. 49 II 2 VwVfG: " (La Administración puede revocar -sin indemnización-)...cuando al acto administrativo va unida una carga y el particular no la cumple directamente, o dentro de un plazo al efecto fijado". Frente a la inexistencia de una previsión general, en el caso español, la

⁷¹ BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.195

regulación alemana es claramente favorable a la revocación (que habrá de ser graduada según principio de proporcionalidad). Esta amplia autorización para revocar por incumplimiento de modo encuentra fuertes críticas en la propia doctrina alemana. Ese es el caso de ELSTER, que viene a negar que la revocación sea una consecuencia institucional (aun secundaria) del incumplimiento del modo. Sólo cuando se tratase de una carga "esencial" procedería tal efecto⁷²; y por esencial se entiende aquél modo sin el cual el acto administrativo debería (no mero podría) ser denegado⁷³.

b) Revocación del acto, sin previsión legal específica.

El hecho de que en Derecho administrativo español no exista una previsión normativa general para la revocación por incumplimiento de carga modal no elimina esta consecuencia jurídica. Su fundamento se puede obtener mediante una reflexión institucional, como sigue:

aa) Si nos movemos preferentemente en la policía administrativa encontramos la explicación de OTTO MAYER: la normas de policía prohíben con carácter general una conducta (en principio libre) reservando a la Administración la posibilidad de autorizarlas cuando se constate que no se pone en peligro el interés público perseguido por la ley; el modo, como parte de este permiso de policía, impone obligaciones de cuyo cumplimiento depende la desaparición de un potencial peligro para el interés público; y entonces, si el particular no cumple el modo renace el peligro y con él la prohibición

⁷² ELSTER, Ob.cit., p.102; también, STELKENS y SACHS, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.924

⁷³ ELSTER, Ob.cit., p.102; en el mismo sentido, la jurisprudencia alemana en relación con los modos en licencia de edificación (SIMON, Ob.cit., art. 74, párr.45a)

general de policía.

Sobre esta formulación tradicional introduce ELSTER una explicación más moderna. Consiste en afirmar que la revocación por incumplimiento del modo es un supuesto cualificado de revocación por alteración de las circunstancias objetivas que concurrían en el momento de dictar el acto⁷⁴. Llega así el autor a la conclusión de que hay modos esenciales (sin los cuales el acto administrativo no se puede dictar) y modos no esenciales; éstos últimos carecen de fuerza para provocar una revocación, como tampoco gozaban de energía para determinar que el acto fuera dictado⁷⁵.

bb) Encontramos una explicación distinta si fijamos la atención en la concesión de dominio público, como -a mi juicio- hace KORMANN. El autor toma aquí un esquema típicamente civilista, la relación jurídica bilateral sinalgmática. El modo resulta elevado a contraprestación,

⁷⁴ En efecto, según el actual art. 49 II 3 VwVfG: "La Administración puede revocar (con indemnización)...cuando como consecuencia de circunstancias sobrevenidas estuviera facultada la Administración para no dictar el acto administrativo, y siempre que sin la revocación se originara un peligro para el interés público". Según ELSTER, el incumplimiento del modo es una circunstancia sobrevenida. Y siempre que la inclusión del modo hubiera sido esencial para dictar el acto (esto es, sin modo no se habría dictado) estaríamos ante es supuesto revocatorio del art. 49 II 3 VwVfG. Ahora bien, según este precepto la revocación precisa indemnización. Para evitar esta consecuencia utiliza ELSTER la teoría de la protección de la confianza: la indemnización sólo procede como protección de quien legítimamente ha confiado en la permanencia del acto administrativo; el que incumple un modo deja de estar en situación de confianza, y no es por tanto merecedor de indemnización (ELSTER, Ob.cit., p.99, siguiendo a IPSEN, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg, 1932, p.165).

⁷⁵ ELSTER, Ob.cit., p.102

cuya no satisfacción lleva a una "revocación por incumplimiento" (Widerruf kraft Verwirkung); se repite aquí el esquema propio de la extinción de las obligaciones sinalgmáticas (gegenseitige Pflichten) por incumplimiento de una parte (arts. 325-327 BGB)⁷⁶. KORMANN formula esta facultad revocatoria (por incumplimiento) como un principio general, aparte de las concretas previsiones en textos legales, formulación que también se encuentra en TEZNER⁷⁷

Esta afirmación, sin embargo, no encuentra apoyo normativo en la legislación administrativa alemana del siglo XIX⁷⁸ y Otto MAYER no la acoge hasta la segunda edición de su Tratado de Derecho Administrativo (1914-1915)⁷⁹, probablemente por influencia de su propio discípulo, KORMANN. Después, a lo largo del siglo XX se da una alternancia doctrinal en la aceptación o negación del principio general de revocación del acto por incumplimiento del modo. Niega tal principio FLEINER⁸⁰, así como en el ámbito prusiano HATSCHEK, DREWS y FRÖLICH y la jurisprudencia del ProVG⁸¹. El principio general de revocación se reconoce en cambio en la Ley de Administración del Estado de Turingia (thüringische Landesverwaltungsordnung 10.6.1926)⁸² y es acogido también por JELLINEK e IPSEN⁸³. Tras la segunda guerra mundial se consolida el principio de revocación por incumplimiento de modos (con alguna excepción⁸⁴), siendo decisiva la aportación

⁷⁶ ELSTER, Ob.cit., pp.86-87

⁷⁷ TEZNER, Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, AÖR 9, p.356

⁷⁸ ELSTER, Ob.cit., p.84

⁷⁹ Cfr.: Otto MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, I, 2.Ed, München-Leipzig, 1914-15, p.195

⁸⁰ FLEINER, Ob.cit., pp. 187 y 410

⁸¹ Según ELSTER, Ob.cit., p.89

⁸² Según ELSTER, Ob.cit., p.90

⁸³ IPSEN, Widerruf...cit., p.163

⁸⁴ KRÜGER, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, pp.380 y 456

de FORSTHOFF⁸⁵.

Como vemos, la afirmación de un principio general de revocabilidad, por incumplimiento de modo, pasa por la elevación de la carga modal al rango de contraprestación. Y en ello va ya implícita la crítica⁸⁶. Pues en la resolución administrativa la cláusula modal no es ni causa ni obligación recíproca; es cláusula accesoría de un acto unilateral⁸⁷.

cc) También se ha intentado explicar el efecto revocatorio asimilando el modo a una reserva de revocación. Al incluir una carga modal, la Administración se estaría reservando implícitamente la posibilidad de revocar, para el caso de incumplimiento⁸⁸. No sería necesaria la inclusión expresa de una reserva de revocación, junto al modo⁸⁹. En la formulación inicial de KORMANN: "la carga debe ser interpretada de tal manera que la Administración ha querido reservarse la revocación del acto para el caso de inejecutabilidad de la carga"⁹⁰. El resultado de KORMANN me parece correcto, pero no el método. Pues no se trata de interpretar la voluntad de

⁸⁵ FORSTHOFF, Ob.cit., p.265

⁸⁶ ELSTER, Ob.cit., pp.97-98

⁸⁷ BULLINGER, Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart, 1962, p.78

⁸⁸ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.204 (aunque este facultad de revocar sólo se dará "en casos extremos")

⁸⁹ Así lo exige, en cambio, ELSTER, Ob.cit., p.97. ELSTER (pp.81 y 96-97) rechaza la fuerza revocatoria del modo pues, dice, entonces no se distinguirían la reserva de revocación del modo. Fácilmente se puede contestar que la reserva de revocación es sólo una forma de extinción del acto, mientras que el modo es obligación.

⁹⁰ KORMANN, Ob.cit., pp.412-413

la Administración, sino la institución modal.

Pues bien, resulta que el concepto de modo siempre ha encerrado la posibilidad de revocación, para el caso de incumplimiento. Lo afirmaba DE MOLINA⁹¹, lo mismo se lee en el Diccionario de ESCRICHE⁹² y está en el art. 647 C.c (para la donación)⁹³ y en el art. 797.2 C.c (para el testamento: devolución de lo percibido, con frutos e intereses)⁹⁴. En Derecho Administrativo se debe mantener esta identidad conceptual del modo⁹⁵. El incumplimiento del gravamen puede provocar la revocación del acto. Para ello no es necesaria una previsión normativa expresa. Lo cual no significa, como veremos a continuación, que en todo caso y de forma inmediata sea posible la revocación.

⁹¹ Luis DE MOLINA, Los seis libros...cit., Disputación CCVI (últimas voluntades con carga modal) y Diputación CCLXXXVI (Donación modal), p.541

⁹² Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, 2. Ed, Madrid, 1838, Tomo I, voz "Donación", p.831; Tomo III, voz "Legado", pp.23 y 24

⁹³ Aunque el texto del precepto se refiere a "condiciones", la doctrina interpreta que son verdaderos modos: DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II,cit. p.401; TORRALBA, Ob.cit., p.297

⁹⁴ Cfr. DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...IV, cit., p.494; TORRALBA, Ob.cit., p.297. Claro que también señala la doctrina civil que no todo tipo de modos puede provocar la revocación, en caso de incumplimiento; se distingue así entre modo esencial y no esencial (TORRALBA, Ob.cit., p.301). Aunque esta parece ser más bien una regla del BGB alemán, que ni siquiera es aplicable a todas las cargas modales, sino sólo a las testamentarias (art. 2195 BGB); en la regulación de la revocación por incumplimiento del modo en la donación (art.525 BGB) no se hace distinción alguna entre modo esencial y no esencial.

⁹⁵ EHLERS (Ob.cit., p.374) limita la eficacia revocatoria del modo para el caso en que éste sea esencial o determinante. No es sino una adaptación del art.2195 BGB: modo determinante para la institución de heredero.

C) La elección de la consecuencia jurídica.

a) Planteamiento.

Ligada a la idea de accesoriedad del modo corre aquélla otra de su insuficiente fuerza para provocar directamente una revocación del acto administrativo principal⁹⁶. El extremo de esta tesis es negar la revocación como efecto posible del incumplimiento del modo, a no ser que exista también una cláusula de revocación⁹⁷. En cualquier caso existe una cierta repugnancia doctrinal a admitir que el incumplimiento del modo pueda ser causa directa de revocación⁹⁸. Se formula entonces una graduación de efectos ante el incumplimiento del modo, que sería:

- Advertencia de la existencia de un incumplimiento⁹⁹.
- Ejecución forzosa del modo, con dos fases: Amenaza de ejecución, en su caso con la fijación de un plazo; y ejecución forzosa del modo.
- Revocación del acto, previo aviso y fijación de un de un último plazo de cumplimiento voluntario.

La advertencia de que existe un incumplimiento es exigencia mínima de certeza jurídica previa a cualquier intervención administrativa limitadora. Cumple una función informativa, tanto para el particular como para la Administración, no existiendo todavía opción por una determinada respuesta jurídica (ejecución, revocación). Cada una de esas dos posibles decisiones contiene su propio

⁹⁶ Así, GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.204

⁹⁷ Así ELSTER, Ob.cit., p.97

⁹⁸ En Derecho civil: ALBALADEJO, El negocio jurídico, Barcelona, 1958, p.252

⁹⁹ ELSTER, Ob.cit., p.103

apercibimiento. En el caso de la ejecución forzosa del modo, el previo apercibimiento figura en el art. 95 LRJAP¹⁰⁰

b) Subsidiariedad de la revocación.

Lo más interesante es establecer una cadena de subsidiariedad: Ejecución forzosa; revocación. Las dos posibles respuestas ante el incumplimiento pueden o no sucedarse en el tiempo. La ejecución forzosa, cuando se trata de una carga referida a un sólo momento temporal, extingue la obligación, y por tanto no ha lugar a una posterior decisión de revocación; pero cuando se trata de un modo continuado, a la ejecución forzosa puede seguir la revocación. No parece razonable la opinión de KOPP, según el cual una ejecución forzosa, aun resultando ineficaz, cierra la posibilidad de una posterior revocación¹⁰¹.

En el Derecho alemán, la subsidiariedad de la revocación respecto de la ejecución forzosa es un principio tradicional, recogido por OTTO MAYER¹⁰² y formulado por KORMANN: "no existe una facultad primaria de revocar ante incumplimiento de obligaciones, sino una facultad secundaria y subsidiaria para el caso de inejecutabilidad (Unausführbarkeit) de la carga"¹⁰³. La formulación más actual de este principio queda así expresada por WOLFF: "El incumplimiento de un modo justifica la revocación del acto principal siempre que la compulsión a su cumplimiento fuere inadecuada para el fin perseguido (unzweckmässig), desproporcionada

¹⁰⁰ Y para Alemania, arts. 3 Y 13 a 15 VwVG. Apercibimiento de revocación hay en los artículos 12 II 3; y 19c II 3 WHG.

¹⁰¹ KOPP, VwVfG, cit., p.875

¹⁰² Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.251, nota 25

¹⁰³ KORMANN, Ob.cit. p.413

(unverhältnismässig) o imposible (unmöglich)"¹⁰⁴. Este principio de subsidiariedad de la revocación respecto de la ejecución forzosa no tiene carácter absoluto, sino que constituye un instrumento de vinculación de la discrecionalidad de que dispone la Administración para determinar las consecuencias jurídicas del incumplimiento del modo.

El principio de subsidiariedad de la revocación se elabora a partir de:

a) Adecuación de la consecuencia jurídica al fin perseguido por el modo. Éste pretende evitar, prevenir o eliminar consecuencias secundarias perjudiciales conectadas con el contenido favorable de un acto administrativo. Y es cierto que la revocación es un medio para dotar de eficacia coactiva a la carga, pero ni es el único, ni es siempre el más eficaz¹⁰⁵.

La voluntariedad del particular en el incumplimiento del modo no es un criterio para preferir la revocación frente a la ejecución forzosa. Pues el modo se impuso para preservar el interés público o para proteger a tercero. La revocación procede si es la medida más adecuada, no porque contenga un plus sancionatorio a la voluntad rebelde del particular¹⁰⁶; el juicio de reproche al incumplimiento del modo tiene importancia para la imposición de sanciones administrativas o penales, pero no para orientar la opción entre ejecución

¹⁰⁴ WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.410; vid. también p.457. En términos similares: HÖNIG, Ob.cit., p.73; SCHACHEL, Ob.cit., p.38; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.924

¹⁰⁵ ELSTER, Ob.cit., p.103

¹⁰⁶ La irrelevancia de la voluntariedad en el incumplimiento se encuentra, para la licencia de apertura, en el art. 38 RAMINP.

forzosa del modo o revocación del acto. En esta formulación se siguen los planteamientos de SCHACHEL¹⁰⁷ y ELSTER¹⁰⁸ y se contradice la tesis de HÖNIG, quien identifica en la revocación un juicio de culpabilidad sobre el incumplimiento del modo¹⁰⁹; y se difiere también del criterio de KOPP y STELKENS, quienes niegan que un juicio de culpabilidad determine la imposición de la revocación, pero si valoran la voluntariedad del incumplimiento como criterio de dirección de la discrecionalidad administrativa en la elección de las medidas¹¹⁰

b) Ponderación de los intereses que entran en juego con la determinación de una determinada consecuencia jurídica. Cuando el interés público (o de tercero) en el cumplimiento del modo es mínimo no procede la revocación¹¹¹; así por ejemplo, el incumplimiento de deberes de información no debe llevar aparejada la consecuencia de revocación.

c) Examen de la legalidad de la carga modal. En opinión de STELKENS/SACHS y ERICHSEN¹¹², cuando la carga modal es ilegal queda muy reducida la discrecionalidad administrativa para optar entre ejecución forzosa y revocación; en concreto, queda excluida la posibilidad revocatoria¹¹³. Esta

¹⁰⁷ SCHACHEL, Ob.cit., p.38

¹⁰⁸ ELSTER, Ob.cit., p.105

¹⁰⁹ HÖNIG, Ob.cit., p.73;

¹¹⁰ KOPP, VwVfG, cit., p.875; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.824; en el mismo sentido, para la subvención: BLECKMANN, Ob.cit., p.103

¹¹¹ ELSTER, Ob.cit., pp.104-105; KOPP, VwVfG, cit., p.875

¹¹² ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., p.200

¹¹³ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.924

afirmación precisa de reflexión (que no dan los autores citados). En principio, cuando el acto administrativo -y con él sus cargas modales- ha adquirido firmeza tanto la Administración como el particular quedan vinculados con su contenido; ni el particular puede impugnar, ni la Administración puede libremente revisar¹¹⁴. Ahora bien, ¿Se puede "revisar" la legalidad de un modo a los solos efectos de determinar la consecuencia jurídica por incumplimiento de dicho modo? O en otras palabras ¿A la hora de optar entre ejecución forzosa o revocación se puede valorar la legalidad de un modo firme? Así se puede concluir en una ponderación abstracta de los principios que se enfrentan en la revisión de un acto: legalidad y seguridad jurídica. Al tratarse de la ilegalidad de un gravamen, no es necesaria la protección que ofrece el principio de seguridad jurídica. Salvo que la carga modal se haya impuesto en beneficio de tercero (modo de protección) y éste haya confiado legítimamente en su licitud. Ahora bien, ponderar, en estos casos, la legalidad frente a la seguridad jurídica no significa un sacrificio total de esta última (y de su precipitado formal, la firmeza). El modo sigue gravando al particular, no se anula; la ponderación del principio de legalidad, frente al de seguridad jurídica, se limita a debilitar la energía del modo¹¹⁵. Entonces, el incumplimiento ya no es capaz de provocar la revocación del acto, sólo su ejecución forzosa¹¹⁶.

¹¹⁴ Se pudiera pensar que al modo, en tanto gravamen, no serían de aplicación las exigencias formales y materiales de los arts. 102 y 103 LRJAP, y sí sólo los límites generales del art. 106 LRJAP. Pero eso, en mi opinión, sólo sería posible si el modo fuera un acto administrativo independiente, y no la parte gravosa de un acto favorable. Por tanto, la revisión del modo sólo es posible dentro de la revisión de todo el acto administrativo.

¹¹⁵ MAURER, Allgemeines..cit., pp.254 y 264

¹¹⁶ A la misma consecuencia (marginación de la revocación cuando el modo es ilegal) llega ELSTER (Ob.cit., p.102) con un planteamiento distinto. El autor distingue entre modos

d) Examen de la oportunidad de la carga modal.

En el momento de determinar los efectos del incumplimiento de un modo hay que valorar también si éste sigue siendo tan oportuno o adecuado como cuando se dictó el acto. Una pérdida de oportunidad administrativa del modo determina un debilitamiento de sus efectos. O de otra forma, la revocación de un modo que ha perdido oportunidad es un ejercicio desproporcionado de la discrecionalidad administrativa. Aquí hay que exigir -como hace el TS en relación con el ejercicio de una reserva de revocación- que en el momento del incumplimiento (no cuando se dictó el acto con modo) la revocación sea la medida más adecuada.

e) Como último elemento de la subsidiariedad de la revocación se puede mencionar la obligación de la Administración de fijar un plazo de cumplimiento voluntario antes de proceder a la revocación. Se trataría, claro es, de algo distinto al apercibimiento que dispone el art. 95 LRJAP como previo a la ejecución forzosa¹¹⁷.

esenciales y no esenciales. Son modos esenciales aquéllos sin cuya presencia la Administración no podía dictar el acto principal. Y sólo el modo esencial puede llegar hasta la revocación. Y dice el autor que un modo ilegal nunca puede ser esencial: el acto debería haberse dictado precisamente sin ese modo, lo que prueba que no es esencial al acto; y por tanto, un modo ilegal nunca puede determinar la revocación del acto principal. Esta explicación puede tener algún sentido en la doctrina alemana, donde el concepto estrecho de condición incita a la creación de modos esenciales. Pero no es asumible en nuestro Derecho, pues entre nosotros se puede afirmar que una cláusula esencial es condición, no modo esencial.

¹¹⁷ Y con el mismo fin, los plazos previos a la ejecución recogidos en los arts. 3 y 13 VwVG

Esta exigencia de previo plazo de cumplimiento se encuentra en la Ley de procedimiento administrativo del Land Schleswig-Holstein, de 1967 (art. 117 II 2 schLVG); también estaba contemplada expresamente en el "proyecto tipo" (Musterentwurf) de Ley de Procedimiento administrativo alemana de 1963 (VwVfG), pero no fue recogido por entero en el texto de la ley; tan sólo quedó la posibilidad -que no la exigencia- de fijar un plazo de cumplimiento del modo antes de proceder a la revocación¹¹⁸. Con todo, anclándose en el principio de proporcionalidad afirma KOPP como principio general la obligación de la Administración de fijar tal plazo previo¹¹⁹.

En Derecho español no hay una regulación general de esta cuestión (como tampoco está regulada la revocación, con carácter general). Y las leyes especiales contienen una regulación desigual. En el art. 16 RSCL no se menciona la exigencia de un previo plazo para el cumplimiento antes de acordar la revocación ("Dejar sin efecto la licencia"). En cambio, el art. 36 RAMINP exige en todo caso la fijación de un plazo de rectificación, antes de tomar cualquier otra medida. Los arts. 160 y 161 RC no prevén la fijación de un plazo de rectificación, en favor del concesionario.

Pienso que la vigencia del principio de proporcionalidad (art. 1.1 CE: Estado de Derecho) exige, con carácter general, que la Administración fije un plazo de rectificación antes de revocar, aun cuando no haya previsión legal específica. Ese plazo sería compatible con órdenes de policía (como suspensión de actividades: P.ej: art. 80.1 LC; 74.2 a) RGPE;

¹¹⁸ Este requisito si encuentra, en cambio, en algunas leyes sectoriales alemanas: art. 21 I 2 BImSchG; art. 34 II 2 SprengG; art 47 II 2 WaffG.

¹¹⁹ KOPP, VwVfG, cit., p.875. En contra: STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.924; SCHNEIDER, Ob.cit., p.31

art.30 LPMA-Madrid) en casos de peligro para el interés público. También encontramos un criterio favorable a la fijación de plazo en nuestro Derecho común: el art. 1124 C.c. permite al juez fijar un plazo de cumplimiento voluntario antes de proceder a declarar resuelta una "obligación recíproca" por incumplimiento de una parte.

D) Sanciones administrativas.

El incumplimiento de una carga puede estar tipificado como infracción administrativa, es un supuesto normal (cfr.arts: 90 d) LC; 82.1 c) LGP; 31.1 LPMA-Madrid; 81.RGPE). Se plantea entonces la compatibilidad de tales sanciones con la ejecución forzosa del acto (especialmente, mediante multa coercitiva) y con la revocación. El artículo 99.2 LRJAP declara la compatibilidad de la sanción administrativa con la multa coercitiva. La compatibilidad entre revocación y sanción administrativa está expresamente prevista en el art. 46.1 RGPE. Estas soluciones creo que se deben extender a los demás medios de ejecución forzosa y otros supuestos de revocación. Tal compatibilidad reside en el distinto carácter de las medidas de ejecución forzosa (y revocación) y la sanción administrativa¹²⁰. La ejecución forzosa y la revocación tienen por objeto imponer el interés público que late en el cumplimiento de la carga modal; no hay objetivo sancionatorio, sólo de consecución del interés público. En cambio la sanción administrativa descansa sobre un juicio de

¹²⁰ En Alemania no se encuentra expresamente fijada la compatibilidad de consecuencias jurídicas desfavorables. KORMANN consideraba excluyentes la sanción criminal y la revocación del acto (Ob.cit., p.414). Un criterio distinto tiene hoy ELSTER (Ob.cit., pp.109-114), quien considerando el distinto objeto de la ejecución forzosa o revocación y las sanciones administrativas o penales afirma su plena compatibilidad.

reproche al particular que incumple el modo. Y entonces, por su distinto objeto, las medidas de ejecución forzosa (más revocación) son plenamente compatibles con las sanciones administrativas.

CAPITULO 6:

¿EXISTE UN "TERTIUM GENUS" ENTRE LA CONDICIÓN Y EL MODO?

I. Planteamiento.

Nuestra codificación civil no reconoce una cláusula intermedia entre condición y modo. En la donación (contrato) el incumplimiento de cualquiera de las "condiciones" (en puridad, modos) por el donatario puede llevar a la revocación (art. 647.1 C.c). Por tanto, todos los modos tienen el mismo efecto, no se distingue entre modos esenciales o determinantes y modos secundarios. Sin embargo, la doctrina civil dice que en ocasiones los modos en una donación pueden causalizarse¹; con ello se está haciendo referencia a un modo esencial o determinante²; un modo causalizado es algo más que un elemento accidental del negocio jurídico. En el testamento, el Código civil ofrece la dicotomía condición-modo, no habiendo lugar para una figura intermedia (cfr. art. 797 C.c.)³.

Otto MAYER no hace referencia a ninguna cláusula entre la condición (potestativa) y el modo; la cuestión aparece dudosa en KORMANN. Desde una concepción iusprivatista de las cláusulas accesorias el esquema se cierra con el término, la

¹ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.147

² Este concepto, en TORRALBA, Ob.cit., pp.160 y 300

³ En cambio, en el art. 2195 BGB alemán si se da una distinción: "La ineficacia de una carga sólo tiene por consecuencia la ineficacia de la institución hereditaria modal cuando es presumible que sin la carga el causante no habría hecho la institución". Este precepto civil ha dado base para que algunos iuspublicistas también hayan identificado modos esenciales en el acto administrativo, así: EHLERS, Ob.cit., p.374

condición y el modo; las determinaciones del contenido del acto ya no serían "accidentalialia negotii", sino "essentialia negotii" ⁴

Lo cierto es que al menos en la práctica administrativa se hecha en falta un puente, una figura intermedia, entre el modo y la condición (potestativa), entendida esta última en forma estricta. Ello ha llevado a una hipertrofia bien de la condición, bien del modo⁵.

Una hipertrofia de la condición potestativa se encuentra en Derecho español, donde se da la tendencia a incluir todas las "medidas", "cláusulas", etc. bajo el concepto de condición. Este ensanchamiento conceptual de la condición ha sido posible a través de una deformación de su esencia institucional; en concreto, la condición ha perdido su eficacia "ipso iure", acercándose más bien a la cláusula de revocación: incumplida la condición potestativa no se extingue el acto administrativo automáticamente, sino previa "declaración de caducidad", esto es, mediando declaración de la Administración (vid. supra Cap.4 IV C) b) bb).). Sólo así, negando el rigor de la extinción automática ante un incumplimiento, se podía dar cabida en la condición potestativa a "medidas" de todo género; algunas verdaderamente esenciales, otras claramente secundarias.

En Derecho alemán se ha dado una hipertrofia del modo. A diferencia de la evolución en España, la condición potestativa alemana ha mantenido su integridad conceptual, fundamentalmente su eficacia extintiva automática; y ello desoyendo las advertencias de O.MAYER, que consideraba ese

⁴ Vid. ELSTER, Ob.cit., p.151.

⁵ J.MARTENS, Ob.cit., párr.273

automatismo inadmisibles para el Derecho administrativo⁶. Pero ocurre que el rigor en los efectos de la condición potestativa ha desviado la catalogación de figuras difíciles ("medidas"...) hacia el modo. La cláusula modal ha perdido entonces su nota de secundariedad; ha sido desbordada por cláusulas verdaderamente esenciales que pugnan por una nueva ubicación conceptual. Esta inadaptación se manifiesta en la búsqueda de nuevos tipos de cláusulas, a saber, "modo modificadorio" y "delimitaciones de contenido".

II. "Modo modificadorio" (modifizierende Auflage).

El "descubrimiento" de esta cláusula es obra de WEYREUTHER⁷, quien construye el concepto a partir de un problema común en la práctica administrativa: el particular solicita una licencia (urbanística, de industria, etc), la Administración otorga la licencia, pero incorporando una carga que convierte lo otorgado en algo cualitativamente distinto de lo pedido. Las notas distintivas de esta cláusula serían:

- Es una carga, una obligación: no hacer aquello que aunque se solicitó, no ha sido otorgado; o hacer aquello que, aunque no estaba contenido en la petición, la Administración también considera oportuno. Y como obligación, es susceptible de ejecución forzosa⁸

- Esa obligación está íntimamente conectada con el contenido favorable del acto. Esta conexión no tiene por qué ser material, referida a un mismo objeto, basta con que en el

⁶ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.249

⁷ WEYREUTHER, Ob.cit., pp.232-237 y 295-299

⁸ SIMON, Ob.cit., art.74, párr.45

ejercicio de la discrecionalidad administrativa, en la formación de la resolución administrativa, contenido favorable y carga formen una unidad. A partir de aquí también se ha afirmado que el "modo modificadorio" forma parte de la prestación unilateral de la Administración, mientras que el modo (en su acepción tradicional) cumpliría la función de contraprestación⁹.

- Debido a esa íntima conexión decisoria, el "modo modificadorio" no sería impugnabile o revisable separadamente. Se quebraría por tanto el criterio generalmente aceptado en la doctrina alemana de que la carga modal es recurrible independientemente. Y ello porque la eliminación de una obligación tan íntimamente unida a la consecuencia favorable produciría un desequilibrio en la resolución, un beneficio no querido. Esto significa en Derecho alemán que contra la carga modal no se puede utilizar un "recurso de anulación" (Anfechtungsklage), sino un "recurso por omisión de actividad" (Verpflichtungsklage)¹⁰; y ello porque, según la jurisprudencia, cuando se impugna una carga esencial íntimamente ligada al acto principal, lo que se cuestiona es el acto mismo, como un todo; el particular, entonces, sólo puede pedir un acto distinto del dictado, aquélla resolución que la Administración ha omitido.

⁹ WEYREUTHER, Ob.cit., p.296; en el origen de estas ideas: BULLINGER, Vertrag...cit., pp. 54,64,66 y ss., 71,78,85,112 (criticando que el modo sea calificado como contraprestación) y KRÜGER, Ob.cit., p.520.

¹⁰ El "recurso de anulación" (Anfechtungsklage) se dirige contra un acto administrativo que se pretende ilegal, suplicando su anulación. El "recurso por omisión de actividad" no se dirige contra un acto, sino contra la simple omisión de actividad cuando la Administración estaba obligada a actuar (por ejemplo, no dictar una resolución reglada): cfr.art.42 I VwGO.

La figura del "modo modificadorio" (modifizierende Auflage) ha sido recogida por la jurisprudencia alemana en varias sentencias:

a) Asunto del centro de transporte de hormigón (Transportbetonwerk)¹¹: La Administración otorga una licencia para la construcción de un centro de transporte de hormigón con la "carga especial" de levantar las instalaciones de manera que no se supere un determinado nivel de ruido. El particular impugna independientemente esta carga.

El Tribunal inadmite el "recurso de anulación" (en grado de casación), afirmando que "la anulación parcial de un acto administrativo sólo es posible cuando hay partes separables o independientes del acto administrativo que son ilegales y siempre que tras la anulación de estos elementos separables permanezca inalterado el acto administrativo...; ...con la anulación de la carga lo que verdaderamente se pretende es una licencia distinta a la otorgada bajo limitaciones objetivas".

b) Asunto de la licencia de derribo (Gebäudeabbruch)¹²: la Administración otorga licencia de derribo de un edificio con tres viviendas con la carga económica de 150 Marcos por cada metro cuadrado de derribo, en concepto de contribución a la promoción de viviendas sociales. El particular impugna separadamente esta carga económica.

El Tribunal inadmite el "recurso de anulación" (en grado de casación), afirmando que: "... (la Administración) le ha otorgado la licencia de derribo porque considera que por medio de la carga exigida como contribución compensatoria para la construcción de viviendas sociales se da una conexión satisfactoria entre el interés público en el mantenimiento de los edificios de viviendas y el interés privado del recurrente en su proyecto de demolición... La indisociable conexión entre los motivos que han llevado al otorgamiento de la licencia solicitada y los motivos por los que se ha unido una carga... hace precisa una revisión de la decisión total (licencia y carga), lo que no es posible con una impugnación separada de la carga".

¹¹ BVerwGE DÖV 1974, p.380

¹² BVerwGE 55,135

c) Asunto oleoducto (Ölpipeline)¹³. La Administración otorga una licencia para la construcción de un almacén de maderas y añade la "carga adicional" de que tiene que ser desmantelado un oleoducto que pasa por el solar contiguo. El particular impugna separadamente el modo.

El Tribunal desestima el "recurso de anulación". Con la siguiente argumentación: "Para la anulación de la carga añadida a una licencia se precisa que la parte ilegal del acto administrativo sea de tal manera separable que la parte no anulada del acto administrativo pueda subsistir sin alteración de su contenido y sin infringir el Ordenamiento jurídico. Por el contrario, consideraciones de Derecho material excluyen la posibilidad de impugnación separada cuando la carga modal impugnada está de tal manera interrelacionada con el contenido del acto administrativo que limita su contenido y que si se anula la cláusula accesoría la parte restante se convierte en un beneficio contrario a Derecho...;...caso de anularse separadamente la carga impugnada...carecería el almacén de maderas de la imprescindible protección ignífuga...y entonces la licencia restante sería ilegal"

Pese a este reconocimiento jurisprudencial la doctrina alemana se ha mostrado muy crítica con la figura del "modo modificadorio". Aunque estas críticas están referidas a problemas procedimentales, al cómo se añade esta carga, más que a su existencia misma. La cuestión sería: la solicitud del particular no se corresponde con la resolución dictada, que ha sido alterada internamente mediante el "modo modificadorio"; ¿Estamos entonces ante una resolución sin solicitud y por tanto con vicio de procedimiento? Estos planteamientos, que en Alemania han surgido sólo para el "modo modificadorio", opino que son extensibles a otras cláusulas accesorias; por ello se hace un tratamiento de conjunto más adelante (vid. infra, Cap.20 II). Críticas más de fondo serían:

¹³ BVerwGE: NVwZ 1984, p.366

- El "modo modificatorio" es reconducible a la figura de la condición potestativa¹⁴: es un elemento inseparable del acto (y es por ello que no es separadamente impugnabile, porque es una condición¹⁵). Esta separación conceptual respecto del típico modo accesorio es correcta, pero puede conducir a una hipertrofia de la condición.

- El "modo modificatorio" no es ningún modo, pues no obliga; y ni siquiera es una "cláusula accesorio", sino delimitación del contenido del acto administrativo¹⁶. En mi opinión, estas críticas no solucionan nada, porque no hacen más que desplazar el problema; niegan la existencia del "modo modificatorio", pero en realidad lo sustituyen por la "delimitación de contenido". Nos encontramos entonces ante un nuevo concepto, sin tradición doctrinal y sin un régimen normativo definido. Por otro lado, como vengo sosteniendo en este estudio, en realidad todas las cláusulas accesorias son delimitación del contenido básico de la resolución administrativa; "delimitación" es género, no especie.

De la crítica doctrinal al concepto de "modo modificatorio" también se ha hecho eco la jurisprudencia alemana, reafirmando la impugnabilidad separada del modo, aun siendo esencial:

En el asunto de la "licencia de cambio de uso de un solar" (Zweckentfremdungsgenehmigung)¹⁷ la Administración otorga dicha licencia (discrecional) con una carga económica para contribuir a la construcción de viviendas sociales. Ante la impugnación separada de esta

¹⁴ EHLERS, Ob.cit., pp.377 y 382

¹⁵ EHLERS, Ob.cit., p.376

¹⁶ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., pp.605,606; MAURER, Allgemeines...cit., p.282

¹⁷ BVerwGE 65,189

carga afirma el Tribunal que: "La existencia de una única decisión discrecional comprensiva de la consecuencia favorable y la carga modal no justifica una excepción (del principio de impugnación separada de la carga)...no es un argumento convincente para privar al particular del recurso el afirmar que al existir una sola decisión discrecional la anulación jurisdiccional de la carga otorga un beneficio que la Administración no había querido conceder. Pues esta falta de voluntad está suficientemente tenida en cuenta en tanto que la Administración puede revocar (art. 49 II 2 VwVfG) el acto administrativo en caso de no cumplimiento del modo (como en el caso de que éste sea anulado)"¹⁸

III. "Delimitaciones de contenido".

A diferencia del "modo modificadorio", que sólo presenta interés en la doctrina alemana, las llamadas "delimitaciones de contenido" también merecen atención en nuestro Derecho.

Los actos administrativos contienen cláusulas que delimitan lo otorgado, permitido etc. Por ejemplo, la extensión a ocupar en una concesión de dominio público marítimo terrestre (art.76.1 a) LC). O el tipo de combustible que se puede utilizar en una fábrica, precisión ésta que se fija en la licencia de apertura (art.60 D.833/1975). Este tipo de cláusulas se denominan, a veces, "prescripciones técnicas" o "características" del acto en cuestión. Se trata de saber qué son esas prescripciones. Eso es lo que voy a intentar a través de dos preguntas:

¹⁸ El último razonamiento no me parece acertado. Si un Tribunal anula una carga, por ser ilegal, no es exigible ya el cumplimiento de dicha obligación; y por tanto no puede haber ya revocación por incumplimiento (que es sin indemnización); a lo más podrá darse una revocación por alteración de circunstancias objetivas o por cambio de criterios de apreciación (en Alemania, ambas con indemnización: art.49 V VwVfG).

A) ¿Contenido del acto administrativo o cláusulas accesorias?

La duda no es nueva, sino casi secular. KORMANN dejaba sin resolver si ciertas determinaciones del acto administrativo (P.Ej: el fin -molino u otros- de una autorización de aguas) eran "cargas negativas" (negative Auflage) o "determinación y concreción del contenido del negocio jurídico" (Bestimmung und Konkretisierung des Geschäftsinhalts)¹⁹. Con más decisión, SULSER negaba que estas determinaciones fueran cargas modales, y las denominaba "núcleo del negocio jurídico"²⁰. También SCHACHEL llega a la conclusión de que las "delimitaciones de contenido" no son cláusulas accesorias, aunque ya sin terminología negocial²¹

LUCIFREDI es fiel al concepto negocial del acto administrativo. Y por ello califica la fijación o concreción del contenido del acto administrativo como "elemento esencial" del acto²²: no habría diferencia entre la concreción de m² de grava, en una autorización de extracción de áridos, y la determinación de la cosa, en un contrato de compraventa. En ninguno de los dos casos habría "elementos accidentales" del acto administrativo, sino particularización de su "contenido esencial". Pero el propio LUCIFREDI capta que no es lo mismo la determinación de la cosa, en un negocio privado, que la concreción de una norma por medio de un acto administrativo. Y entonces afirma que cuando la norma ha dado

¹⁹ KORMANN, Ob.cit., p.140. Encuentro desacertada la tajante afirmación de ELSTER (Ob.cit., p.44) de que KORMANN, al igual que Otto MAYER, no consideraba a estas determinaciones como cláusulas accesorias.

²⁰ SULSER, Ob.cit., p.18; en el mismo sentido: EISENTRAUT, Bedingungen, Befristungen und Auflagen im preußischen Baupolizeirecht (tesis doctoral multicopiada), Aschersleben, 1925, p.64

²¹ SCHACHEL, Ob.cit., pp.51-53

²² LUCIFREDI, Ob.cit., p.79

a la Administración un margen de determinación estamos ante un elemento accidental²³

A mi juicio, los planteamientos anteriores son incorrectos. Se ha reproducido para el acto administrativo la distinción civil entre "elemento esencial" y "elemento accesorio" del negocio jurídico. El "elemento esencial" del negocio ha pasado a ser la "delimitación de contenido" ("núcleo del negocio jurídico", "cláusula particular", "cláusula sustantiva") del acto administrativo. Es elemento esencial, en un contrato de arrendamiento, la determinación de la cosa arrendada y las facultades de disfrute del arrendatario (cfr.art.1546 C.c.). Y trasplantando este esquema al acto administrativo resultaría que la determinación del caudal de una concesión de aguas sería también "elemento esencial" del acto (cláusula sustantiva, particular, etc,)²⁴. Frente a esta asimilación hay que señalar que el "elemento esencial" no cumple la misma función en el negocio jurídico y en el acto administrativo. Porque para el Derecho Civil, "elemento esencial" es el límite de la ley a la voluntad de las partes. Más allá, en las cláusulas accesorias, hay plena autonomía. En cambio, en Derecho Administrativo la legalidad va mucho más lejos. Unas veces, porque exige la inclusión de una cláusula (dejando la concreción ponderada a la Administración), otras veces porque permite la inclusión de una cláusula, pero, claro es, conforme a la ley (a sus prescripciones concretas o a su fin). La legalidad llega en Derecho administrativo hasta las cláusulas accesorias; en Derecho civil se queda en los "elementos esenciales". Además, en la determinación del objeto del negocio jurídico -por ejemplo la cosa arrendada- no hay aplicación de Derecho, sino autonomía de la voluntad.

²³ LUCIFREDI, Ob.cit., p.80

²⁴ Este resultado, en LUCIFREDI, Ob.cit., p.79

En cambio, la delimitación de contenido del acto administrativo (o de su objeto) es aplicación, más o menos vinculada, de una previa norma jurídica.

GIANNINI identifica por un lado "cláusulas particulares" (medidas, prescripciones) del acto administrativo. Y por otro lado, "elementos accidentales" del acto (condición, término, modo). Ambos tipos de cláusulas -distintos- componen el contenido eventual del acto administrativo²⁵. En términos similares, GONZALEZ MARIÑAS se refiere a "cláusulas sustantivas", que contrapone a "cláusulas accesorias"²⁶. Y también la jurisprudencia alemana ha querido distinguir la "delimitación del acto administrativo" de sus cláusulas accesorias:

En el asunto "Fuel-oil pesado" (Schweres Heizöl)²⁷ una licencia para la emisión de gases contaminantes (según la legislación medioambiental: Art. 4 de la Ley federal de control de las Inmisiones -BImSchG-) se otorga con la cláusula de que el fuel-oil utilizado no puede superar un determinado nivel de azufre. Ante la impugnación separada de esta cláusula declara el Tribunal que: "...no se trata de un modo, y por tanto tampoco... de un modo modificatorio; más bien identifica el ámbito al que se refiere la licencia otorgada. A la recurrente no se le ha autorizado sin más la puesta en funcionamiento de un horno de fuel-oil, sino sólo para el supuesto de utilización de un fuel-oil bajo en azufre; si utiliza otro fuel-oil no incumple una carga modal, sino que actúa sin licencia"²⁸

²⁵ GIANNINI, Ob.cit., pp.556-557

²⁶ GONZALEZ MARIÑAS, Ob.cit., p.327

²⁷ BVerwGE 69,37

²⁸ El mismo supuesto lo califica KOPP como una carga modal ordinaria (VwVfG, cit., p.576). En otros casos, la jurisprudencia vacila en la calificación de las cláusulas del acto. Algunos ejemplos son:

-Las exigencias de instalaciones especiales en un permiso de conducir de minusválidos son contenido del acto, no cláusulas accesorias (por ejemplo, modos).

GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS hacen referencia a cláusulas que "delimitan el contenido básico del derecho"²⁹. Pero con éste concepto no excluyen el de cláusulas accesorias. Dicen los autores que tanto el término como la condición delimitan el contenido del derecho³⁰. Y que el incumplimiento de estas "delimitaciones" tiene como consecuencia jurídica la caducidad³¹, que es la consecuencia normal del incumplimiento de condiciones resolutorias y modos. Parece, entonces, que "delimitaciones" y "cláusulas accesorias" no son conceptos contrapuestos. Me parece así correcta la opinión de KOPP: al hablar de "delimitaciones de contenido", seguimos dentro de las llamadas "cláusulas accesorias", lo que lleva a una aplicación analógica del régimen de éstas³².

-La limitación en un permiso de conducir a circular durante el día es una carga modal.

-La limitación en un permiso de circulación sólo a días laborables, entre las 5 y las 20 horas es una delimitación de contenido.

-La obligación de llevar gafas, incluida en un permiso de conducir es una carga modal.

-La limitación de un permiso de circulación para un determinado espacio es parte del contenido del acto.

-La limitación de un permiso de residencia a un determinado distrito administrativo es contenido mismo del acto.

Son ejemplos en los Tribunales de apelación administrativos (Oberlandsgericht), no en la instancia de casación -órganos federales- (Bundesverwaltungsgericht), citados por SCHACHEL, Ob.cit., pp.51,52 (nota 10),53 y por ELSTER, Ob.cit., p.163.

²⁹ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.351

³⁰ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.341 y 352

³¹ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.353 y p.362 (cuadro n.4)

³² KOPP, VwVfG, cit., p.577

Distinguir entre cláusula accesoria, (condicional, temporal o modal) y "delimitación de contenido" no es cuestión baladí. Se ha dicho que "Actuar más allá de los límites internos sería, más que incumplir cláusulas del acto, actuar sin autorización"³³. Pero resulta que con este punto de partida se llega a resultados distintos de los esperados. Porque incumplir una condición potestativa extingue ("ipso iure" o mediante "declaración de caducidad") el acto administrativo; incumplir una carga modal puede llevar a la revocación del acto; ¿Y el incumplimiento del elemento más esencial del acto, su contenido mismo? Si se sostiene que tal incumplimiento es un "actuar sin autorización", entonces su consecuencia será la prohibición del exceso (orden de policía) y en su caso, una sanción administrativa, pero no se extingue el acto administrativo, permanece eficaz³⁴. El resultado es falaz: el incumplimiento de la parte más esencial del acto administrativo recibe la consecuencia jurídica más liviana.

Consecuente con lo dicho, opino que delimitación del contenido del acto y cláusula accesoria no son conceptos antagónicos, sino que se superponen. Toda cláusula accesoria delimita el contenido del acto administrativo³⁵. Y todas las delimitaciones de contenido son cláusulas accesorias. Consecuentemente, infringir los límites de un acto (p.ej.: licencia) no es actuar sin previo acto administrativo, sino incumplir alguna de sus cláusulas. Esta es, en mi opinión, la "ratio decidendi" de la STS 17 abril 1978 (Az.1606): La

³³ SCHACHEL, Ob.cit., p.51; en el mismo sentido: J.MARTENS, Ob.cit., párr.273

³⁴ Este planteamiento está implícito en STS 23 diciembre 1991 (Az.301): instalar más aparatos de los autorizados es actuar sin licencia, pero no por eso se puede revocar la licencia.

³⁵ En términos similares, WEYREUTHER, Ob.cit., p.234: "Las cláusulas accesorias auténticas...limitan el contenido básico del acto"

caducidad de las licencias no sólo se refiere al incumplimiento de las condiciones en sentido técnico, "...se refiere, también, al atentado que pueda cometerse contra el contenido de la licencia por no ajustarse la edificación a lo autorizado por ella".

B) ¿Un nuevo tipo de cláusula?

En la doctrina alemana se rechaza que las "delimitaciones" de lo permitido sean condiciones³⁶. Ello es debido al rigor que conserva esta cláusula en Derecho Administrativo alemán. Y junto a ello, el carácter esencial de las "delimitaciones" dificulta su calificación como modo. La doctrina las ubicó dentro del "modo modificadorio". Pero la crítica generalizada a este "nuevo" tipo de cláusula ha dejado a las "delimitaciones" nuevamente sin asiento teórico. La propuesta más reciente es de ELSTER, y consiste en el "invento" de una nueva cláusula accesorio, a la que denomina "límite" (Einschränkung) y define: "cláusula que acorta la extensión de un acto administrativo favorable o modifica su contenido"³⁷. Ciertamente que los "límites" o "delimitaciones" son conocidos en el Derecho alemán³⁸, pero

³⁶ SIEDER/ZEITLER, Wasserhaushaltsgesetz, actualización: 1.4.1990, art.4, párr.10

³⁷ ELSTER, Ob.cit., p.150

³⁸ El término "delimitaciones internas" (inhaltliche Beschränkungen) figura en algunas leyes administrativas alemanas junto a la condición y el término, pero no siempre queda precisado su régimen jurídico. Ejemplos: Arts. 13 y 13a Ley de transporte de mercancías por carretera (Güterkraftverkehrsgesetz -GüKG-): permiso de transporte de mercancías por carretera, que puede ser "delimitado espacialmente" para un determinado distrito (y además se pueden añadir modos y condiciones). Art 10 y 20 Ley de materiales explosivos (Sprengstoffgesetz -SprengG-): permisos de explosivos, que pueden ser "internamente delimitados" (para ciertos tipos o para determinadas actividades); el

no está tan claro que sean un "tertium genus" entre condición y modo, como sostiene ELSTER.

En mi opinión, no es necesario formar una nueva cláusula, el "límite" o la "delimitación", al menos en Derecho administrativo español. La delimitación no es sólo frontera, sino también prohibición de pasarla. Esto es, la delimitación, al mismo tiempo que precisa lo otorgado prohíbe una actuación distinta a la permitida³⁹. Y esta prohibición se puede reconducir a la condición potestativa o al modo. Cuando sea determinante para el otorgamiento, o sea esencial en el acto, será un condición. Cuando sea para el cumplimiento de fines secundarios, o complementarios, se tratará de un modo⁴⁰. Si el particular actúa más allá de lo permitido está incumpliendo una cláusula condicional (resolutoria) del acto o un modo.

incumplimiento de estas "delimitaciones" puede determinar la revocación del permiso (Art. 34 SprengG). Significativamente, el art. 17 I 2 AtomG ha sustituido el término condición (Bedingung) por el de "delimitación interna" (Inhaltliche Beschränkung). En la jurisprudencia administrativa alemana también se encuentra la expresión "delimitaciones de contenido" o similares. BVerwGE 56,254,261: denomina "delimitación" (Beschränkung) una carga de no realizar actividad económica independiente, incluida en un permiso de residencia. Y por último, en la literatura se encuentra también el término "Limitaciones" (Einschränkungen: ELSTER) o "determinaciones de contenido" (Inhaltsbestimmungen: FUNK, Zur Anfechtbarkeit von Auflagen und Genehmigungsinhaltsbestimmungen, BayVBl, 1986, p.105).

³⁹ Vid. ELSTER, Ob.cit., p.232

⁴⁰ No siempre se tratará de un modo, como insinuaba KORMANN (Ob.cit., p.140) y afirma KOPP, VwVfG, cit., p.577

CAPITULO 7:
RESERVA DE REVOCACION¹

I. Concepto.

La reserva de revocación contiene la previsión o posibilidad de una futura revocación del acto administrativo en que se inserta. El origen de esta cláusula se puede ver en la cláusula "non obstante" que incluía el Rey en el otorgamiento de privilegios, que por la inclusión de esta cláusula no llegaban a formar "iura quaesita"².

La reserva de revocación se dirige a debilitar la confianza del particular en la permanencia indefinida del acto. El debilitamiento de la confianza del receptor del acto administrativo da lugar a varios tipos de consecuencias jurídicas, no siempre y simplemente a la elusión de indemnización, si tiene lugar la revocación del acto. Así hay

¹ La expresión "reserva de revocación" necesita una aclaración. Esa locución no tiene el mismo sentido que la llamada "reserva de ley" del art. 53.1 CE. Reservar la revocación significa prever o permitir una revocación en el futuro. En cambio, reservar a la ley quiere decir que sólo la ley puede ordenar una determinada materia (así, derechos fundamentales). Y ello a diferencia de Alemania, donde "Vorbehalt des Widerrufs" es una técnica similar a "Vorbehalt des Gesetzes"; en efecto, en Derecho alemán "reserva de ley" significa, en el art. 80 GG, autorización de la Constitución para que una ley pueda delimitar un derecho fundamental (art.19 I GG): vid. JARASS/PIEROTH, GG Kommentar, 2.Ed. München, 1992, art.80, párr. 14 y STERN, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, München, 1980, párr. 663; y en el mismo sentido, "reserva de revocación" significa autorización o previsión de una futura revocación.

² ARIÑO, Derechos del Rey, derechos del Pueblo, en "Actas del II Symposium de Historia de la Administración, IEA, Madrid, 1971, p.78, nota 109

cláusulas de rescate (un tipo de reservas de revocación) que prevén una futura revocación, pero no eluden la indemnización³ y cláusulas de precario⁴ u otorgamientos provisionales que si pueden evitar -aunque no indefectiblemente- la indemnización de la Administración cuando se trata de revocar un acto administrativo favorable⁵. Y en relación con la "cláusula de precario" hay que aclarar que el que la Administración pueda revocar un acto sin indemnizar no significa sin más que el titular del acto se encuentre en una situación jurídica de mera tolerancia inoponible a la Administración y a terceros. El "título de precario" (acto administrativo con reserva de revocación) crea una situación de derecho subjetivo, de poder para el particular (aun siendo revocable), frente a la denominada "situación de precario", que siguiendo el concepto civil es mera tolerancia, sin título⁶. En todo caso, tanto las cláusulas de rescate como las de precario hacen referencia a una posible futura extinción del acto administrativo por

³ GARCÍA-TREVIJANO, Los actos...cit., p.178. Así está previsto para la cláusula de rescate "iuris" en los arts. 41 LEF y 89 LC

⁴ GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I, cit., p.615

⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Los derechos...cit., p.69; GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I, cit. p.615; VILLAR, La intervención...cit., p.430; SALA, Ob.cit., p.267. MARTÍNEZ ESCUDERO, Costas y playas, 2.Ed., Madrid 1985, p.183; GARCÍA PÉREZ, Concesiones...cit., p.193. La distinción entre rescate y ejercicio de cláusula de precario, por la existencia o no de indemnización, en DCE 144/1993/RL (p.21)

⁶ MARTÍN MATEO, La cláusula...cit., p.99; LEGUINA, Instalación de líneas eléctricas y precariedad administrativa, en RAP n.68, p.31; GUAITA, Derecho...cit., p.71; DE ASÍS, Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo, RAP 116 (1988), pp.133 y 135; en la jurisprudencia: STS 29 abril 1977 (Az.1776); STS 29 septiembre 1980 (Az.3460); STS 15 marzo 1990 (Az.1820). En contra de este criterio, GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I,cit., p.615: "(los títulos de precario) no otorgan un verdadero derecho, sino una simple tolerancia de carácter provisional"

revocación; la Administración no se reserva la "declaración de caducidad", como afirma el art. 127a LPE, sino la decisión revocatoria. Pues la caducidad -declarada por la Administración- es una extinción del acto fijada por la norma ante la concurrencia de determinadas circunstancias (incumplimientos de condiciones, etc), mientras que la revocación es una decisión administrativa posible de acuerdo con las normas⁷.

La introducción conceptual que se ha hecho en relación con la reserva de revocación no concuerda exactamente con la contenida, para el Derecho alemán, en el art. 36 II VwVfG. Pues según este precepto (en relación con el art. 49 V VwVfG) la revocación en virtud de reserva incluida en el acto elude en todo caso la indemnización a cargo de la Administración.

II. Teorías explicativas: afinidad con categorías formadas en Derecho privado.

Este recurso al Derecho Privado tiene un sentido: la búsqueda de la normatividad inmanente de instituciones (o categorías) que o bien desde el Derecho civil se han elevado a principios generales del Derecho o bien pueden ser objeto de aplicación analógica al Derecho administrativo⁸.

⁷ Vid. un catálogo de criterios para distinguir la caducidad de la revocación en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.347

⁸ MAURER, Allgemeines...cit., p.39. Piénsese por ejemplo en la regulación del art. 1118.2 C.c: la condición de que no ocurra un determinado hecho no puede mantener el negocio jurídico eternamente condicionado. ¿Puede ser ello un límite temporal para el ejercicio de una cláusula de revocación por la Administración?

A) Término.

Fue KORMANN quien definió la cláusula de revocación como un tipo especial de término; su peculiaridad sería que no fija un momento concreto para la extinción del acto, sino que exige una decisión administrativa, la revocación, que puede o no producirse⁹. Esta calificación me parece ciertamente forzada y nada acorde con el concepto tradicional de término, en el cual es esencial la determinación de un momento temporal concreto.

B) Condición resolutoria potestativa.

Con frecuencia se define en la doctrina la cláusula de revocación como un tipo especial de condición resolutoria potestativa¹⁰. La eficacia de un acto se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto: que la Administración revoque el acto administrativo. Y dependiendo del grado de discrecionalidad que se reconozca a la Administración se puede llegar a hablar de condición potestativa pura (Wollensbedingung), repitiendo el discutido concepto de Derecho civil¹¹. Con este punto de partida, el acto administrativo no queda automáticamente incurso en caducidad (que precisa ser declarada) con la concurrencia de un determinado hecho, sino que la extinción sólo tiene lugar con

⁹ KORMANN, Ob.cit., p.149

¹⁰ VON MÜNCH, Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht, JZ 1964, p.57; W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, cit., p.261; STASSINOPOULOS, Ob.cit., p.93; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.410; SCHNEIDER, Ob.cit. p.27; ULE/LAUBINGER, Ob.cit., p.364; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.414; SCHWARZE, en KNACK, Ob.cit., p.441; MAURER, Allgemeines...cit., p.274.

¹¹ VON MÜNCH, Ob.cit., p.56; IPSEN, Ob.cit., p.150. Muy crítico con esta tesis: WELLAS, Der Widerrufsvorbehalt von Verwaltungsakten, (tesis doctoral multicopiada), Tübingen, 1973, p.19

una decisión revocatoria (discrecional) de la Administración. Aquí está la peculiaridad de la reserva de revocación en relación con la declaración de caducidad. Y este dato tiene una importancia tanto material (la revocación es una decisión -discrecional- administrativa) como formal (el particular puede impugnar la decisión revocatoria). Mas esta peculiaridad de la cláusula de revocación es valorada distintamente. Para algunos no es más que un concepto de la categoría general, la condición¹². Para otros, la distinción es lo suficientemente relevante como para constituir una nueva categoría¹³. En Derecho español la individualización de la reserva de revocación respecto de la condición resolutoria potestativa se puede observar con cierta claridad. Pues, por un lado, la revocación como consecuencia de una reserva sólo tiene efectos a futuro¹⁴, frente a la declaración de caducidad por cumplimiento de condición

¹² SCHNEIDER, Ob.cit., p.27. La STS 28 septiembre 1980 (Az.3640) utiliza la expresión "condición sobrevenida" para referirse a una cláusula de precario, y la STS 23 abril 1980 (Az.2719) habla indistintamente de "condición" y "cláusula de precario" (la Sentencia de instancia había inadmitido el recurso contencioso-administrativo por discordancia entre la pretensión en vía administrativa y en el proceso contencioso, pues en vía administrativa el interesado había solicitado la anulación de la "cláusula de precario", mientras que en el recurso contencioso había suplicado que se "excluyera la condición").

¹³ FRANßEN, Über bedingungsfeindliche Verwaltungsakte (tesis doctoral multicopiada), Münster, 1968, pp.15-17; HÖNIG, Ob.cit., p.87; WELLAS, Ob.cit., pp.18 y 27; ELSTER, Ob.cit., pp.61-62; MARTIN MATEO, La cláusula...cit., p.98

¹⁴ La decisión revocatoria, acto de gravamen, no puede tener nunca eficacia retroactiva. Pues según el art.57.3 LRJAP un acto administrativo de gravamen sólo podría tener efectos retroactivos cuando viniera a sustituir a un anulado; y aquí anulación no comprende revocación (GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.346). Otra cosa es que la revocación "ex nunc" deba tener efectos sobre lo ya existente, para que dicha revocación tenga algún sentido (Así: demolición de lo existente cuando se revoca una licencia de edificación: GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.432)

resolutoria, que tiene efectos retroactivos (vid. supra Cap.4 VI E) b) bb).). La revocación en ejercicio de una reserva es una facultad discrecional (vinculada) de la Administración, mientras que la declaración de caducidad (efecto del incumplimiento de condición) es obligatoria para la Administración, salvo supuestos excepcionales y exigencias de principios constitucionales, fundamentalmente proporcionalidad¹⁵ (vid. supra Cap.4 VI D) a) dd).). Además, la extinción del acto por incumplimiento de condición nunca da lugar a indemnización, en cambio la revocación en virtud de previa reserva en algunos casos si va acompañada de indemnización¹⁶

C) Retracto convencional.

El parangón de Derecho civil se ha buscado también, ocasionalmente, con el retracto convencional (Vorbehalt des Rücktritts)¹⁷. En el Código civil español sólo está regulado para la compraventa (arts.1507 a 1520 C.c.)¹⁸. Consiste en la atribución de poder a una parte en la relación obligatoria

¹⁵ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.346. Un criterio similar también en MARTIN MATEO (La cláusula...cit. p.98), para quien en el ejercicio de una reserva de revocación prima la valoración y apreciación administrativa y en ello se distingue de la extinción por incumplimiento de condición.

¹⁶ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.346

¹⁷ IPSEN, Ob.cit., p.149

¹⁸ Aunque también se contempla el mismo tipo de retracto, si bien ya no convencional, sino "iuris", en los arts.1594 C.c: arrendamiento de obra; arts.1700.4; 1705 C.c: sociedad; arts.1732.1 y 2 C.c.: mandato. El BGB distingue con carácter general entre un retracto pactado (verträglicher Rücktritt: art.346 BGB) y retracto legal (gesetzlicher Rücktritt: art.327 BGB)

para extinguir esa misma relación¹⁹. Y es característica del retracto su eficacia retroactiva²⁰. De aquí se deduce una gran similitud con la condición resolutoria potestativa²¹, que a lo sumo se puede distinguir porque la condición potestativa no puede ser puramente volitiva, mientras que el retracto convencional sí.

Con carácter general se pueden mencionar dos notas que impiden la asimilación entre retracto convencional civil y reserva de revocación administrativa:

¹⁹ "Es una facultad de cualquiera de las partes de poner fin a la relación obligatoria mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial" (DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.331); y según WESTERMANN (en ERMAN: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 7.Ed., 1981, p.861): "La resolución de una relación contractual mediante la declaración unilateral de una de las partes sobre la base de un especial derecho, pactado o dispuesto por la ley, con la consecuencia de que las partes están obligadas a restituirse las prestaciones ya realizadas"

²⁰ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.377; WESTERMANN, en ERMAN, Ob.cit., p.861, que reitera una doctrina clásica (Vid. por todos PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 47 Ed., 1988, Introducción al art. 346). En contra, LARENZ, (Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 11. Ed., München u. Berlin, 1976, p.328), para quien la resolución no tiene eficacia retroactiva, simplemente existe una conversión de las antiguas obligaciones en obligaciones de restitución, en el marco de la misma relación jurídica.

²¹ De hecho, el TS califica al retracto convencional como un tipo de condición resolutoria (Vid. DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...II, cit., p.377; y ALVAREZ VIGARAY, Ob.cit., p.875, aunque en la STS que cita este último autor -de 20 mayo 1943, Az.572- el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza del retracto). Tal similitud no se da en cambio en Derecho civil alemán, donde la condición resolutoria no tiene efectos retroactivos. Por ello se dice que el retracto convencional no es sino una condición resolutoria a la que se añaden efectos retroactivos -cláusula redhibitoria- (Esta explicación es de LESER, aunque no puedo recordar ahora la cita).

aa) El ejercicio del retracto pactado es a la libre voluntad de una parte. Frente a ello, la reserva de revocación no otorga un poder de libre ejercicio; la revocación sólo se puede ejercer para la protección de intereses públicos concretos.

bb) El ejercicio del retracto civil tiene efectos retroactivos, mientras que el ejercicio de la revocación sólo tiene efectos "ex nunc"²².

WELLAS critica para Alemania la comparación entre retracto convencional (Vorbehalt des Rücktritts) y reserva de revocación. Con el argumento de base de que el retracto convencional tiene lugar en un acto bilateral, mientras que la reserva de revocación se encuentra en una decisión unilateral del Estado²³. La crítica no es extensible al Derecho español, pues la falta de una regulación general del negocio jurídico en el Código civil (y la consecuente elevación de la regulación del contrato -acto bilateral- a régimen general de las obligaciones: art.1090 C.c) exige que cualquier analogía con el Derecho civil haya de hacerse a partir del acto bilateral. Además, no es infrecuente que principios de corte contractual, como el principio de buena fé encuentren aplicación en el ámbito del acto administrativo (unilateral)²⁴.

²² Vid. también siete notas más atrás. Para Alemania hay que comparar los arts. 346 BGB (que dota de efectos retroactivos al ejercicio del retracto negocial) y el art. 49 II VwVfG, que dispone la eficacia sólo a futuro de la revocación reservada (excepción a esta regla es el acto de subvención, donde el art.44 a BHO permite la revocación "retroactiva" de la subvención)

²³ WELLAS, Ob.cit., p.23

²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, El principio general de la buena fé en el Derecho administrativo, 2.Ed., Madrid, 1989 p.41; MAURER, Allgemeines...cit., pp.38-39. Si bien este principio recibe una conversión jurídico-pública: principio de protección de

E) Inoponibilidad de negocio jurídico.

Por último, SALA propone la figura de la inoponibilidad del negocio jurídico (dos pactos entre los mismos sujetos; uno de los pactos -superior- evita la oponibilidad del primer negocio). Aplicado al acto administrativo, esto significaría que el contenido principal del acto administrativo va acompañado de otra determinación de mayor rango, con el siguiente contenido: la situación que cree el acto administrativo no es oponible a la Administración. Pero lo cierto es que esta figura extraída de la dogmática civil - donde no tiene entidad propia- se refiere más bien a la oponibilidad en relación con terceros, no entre las partes en una relación obligatoria²⁵. Hay un supuesto en que si se reconoce la inoponibilidad del acto jurídico entre las partes de la relación, se trata del negocio fiduciario. Mas este tipo de acto jurídico se rechaza de plano para el Derecho administrativo²⁶.

En conclusión a lo expuesto, ninguna categoría de derecho civil consigue explicar totalmente la reserva de revocación. Ahora bien, la condición resolutoria cumple en Derecho civil una función de categoría general, y a ella se reconduce la reserva de retracto convencional. En un plano meramente abstracto también en Derecho Administrativo se puede admitir el carácter de la reserva de revocación como especie de la condición resolutoria, si bien esta categoría presenta caracteres propios en Derecho Público. Pero como veremos a continuación, lo peculiar de la reserva de revocación es su confrontación con la regulación legal de la

la confianza legítima (WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Zürich, 1983, pp.36-47)

²⁵ Vid. DE CASTRO, El negocio...cit., párr.602, p.531

²⁶ KORMANN, Ob.cit., p.159

revocación. Circunstancia ésta impropia del retracto convencional del C.c.

III. Explicación de la reserva en referencia al régimen legal de la revocación.

La reserva de revocación no se puede explicar completamente de forma autónoma, ni siquiera por referencia a categorías civiles. La función de la reserva de revocación viene determinada por cuál sea el régimen de la revocación de actos administrativos en un Ordenamiento. En general, cuanto más difícil resulte la revocación, más necesidad existe de servirse de la reserva. En este sentido la reserva de revocación constituye una alternativa, una huida del régimen de revocación de los actos administrativos²⁷. Y esta idea de huida es la clave para dar respuesta a los problemas que la reserva plantea: mediante reserva de revocación no se puede alterar radicalmente lo que el Ordenamiento ha dispuesto para la revocación. Aunque veremos más adelante que este principio ha de ser matizado en varios casos.

Dos son las notas características del régimen legal de revocación de los actos administrativos: circunstancias de interés público a que se constriñe la revocación e indemnización como consecuencia de la revocación²⁸. Las

²⁷ MARTIN MATEO, La cláusula...cit., p.93; GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I, cit., p.614

²⁸ MARTIN MATEO (La cláusula...cit., pp.95-96) distingue entre revocación de primer grado (cuándo se puede revocar) y revocación de segundo grado (cuándo se puede revocar sin indemnización). Sigue esta distinción: DE ASÍS, Ob.cit., p.144; y para la concesión de costas, GARCÍA PÉREZ, Concesións...cit., pp.158-159. SALA no enuncia expresamente estos dos escalones de la institución revocatoria, pero tal distinción se puede obtener implícitamente de su exposición, pues por un lado enuncia los supuestos en que un acto reglado o discrecional puede ser revocado, lo cual no es posible en

características de la reserva de revocación se definen como reacción frente a aquella regulación.

A) Circunstancias legales en que se permite la revocación y su modificación mediante reserva.

a) Regulación legal de supuestos revocatorios.

El acto administrativo favorable da origen a una situación de confianza en su permanencia. Por ello, cuando la Administración pretende la revocación del acto se establece una situación dialéctica²⁹. El particular reclama la protección de la confianza depositada en la permanencia del acto, concreción del principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE). A ello se enfrenta la satisfacción del interés público, que puede exigir la revocación. En esta situación dialéctica, el art. 105.1 LRJAP se inclina por la protección de la confianza del particular cuando ésta se deriva de un "acto declarativo de derechos"³⁰. Aquí se prohíbe a la

todo caso (Ob.cit., pp.143 y ss.), y por otro lado trata las consecuencias jurídicas de la revocación, fundamentalmente la indemnización (Ob.cit., pp.229 y ss). Este criterio de identificación de dos grados de revocación está aceptado en la jurisprudencia: STS 29 octubre 1979 (Az.3545), STS 11 noviembre 1986 (Az.8053) Vid. también: FERNÁNDEZ ESPINAR, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo..., cit., p.493

²⁹ Este planteamiento dialéctico, en MAURER, Allgemeines...cit., Cap.11, Párr.39

³⁰ Aparentemente, el art. 105.1 LRJAP sienta un principio general de revocabilidad de los actos administrativos. ("Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos, expresos o presuntos, no declarativos de derechos y los de gravamen, siempre que tal revocación no sea contraria al ordenamiento jurídico"). Quedaría positivada así una doctrina tradicional que enuncia la revocabilidad de los actos administrativos, sin necesidad de autorización legal concreta, como principio (COLMEIRO, Derecho Administrativo Español, vol.I, 4. Ed., 1876, núm. 313, p.144; GARCÍA-TREVIJANO, Los actos...cit., pp.430 y 431; GONZÁLEZ PÉREZ,

Administración revocar. Esta prohibición de revocación no se elude mediante indemnización, ni de la Administración ni de los jueces³¹. Sólo otra norma con rango de Ley puede crear

Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, 2.Ed., Madrid, 1988, art.112, p.976; en Derecho alemán clásico: Otto MAYER, *Deutsches...I*, cit., p.256), contra el criterio de varios autores (DROMI, *El acto administrativo*, IEAL, Madrid, 1985, p.153; BOQUERA, *Estudios...cit.*, p.330). Pero de esta revocabilidad se excluye la mayor parte de los actos favorables, los "declarativos de derechos", criterio éste también tradicional en nuestro Derecho (Vid. Art.29 Ley Provincial de 29 de agosto de 1882; COLMEIRO, *Ob.cit.*, núm.313, p.145: las providencias no son reformables "cuando la providencia hubiese dado origen a un derecho, porque modificarla o revocarla equivaldría a un despojo"; FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Ob.cit.*, p.259) y que también se encuentra en el Derecho Administrativo de Hispanoamérica (Vid. BREWER-CARIAS, *Principios del procedimiento administrativo*, Madrid, 1990, pp.122-124), si bien aquí con gran influencia de la doctrina francesa del "droit acquis". Iniciar una jurisprudencia de conceptos sobre qué sean los "actos declarativos de derechos" a que se refiere el art. 105.1 LRJAP es una vía muerta, como demostró SALA (*Ob.cit.*, pp.240-244). El fin de la norma no es distinguir entre licencias y concesiones, excluyendo entonces a las licencias (mera remoción de obstáculos) de la categoría de los actos declarativos de derechos. Pues de esta forma se llegaría a afirmar que los actos reglados si son revocables, ya que no declaran un derecho (Así: IPSEN, *Ob.cit.*, p.76), frente a las concesiones, que serían irrevocables. Esta distinción de régimen jurídico carece de base dogmática (SALA, *Ob.cit.*, p.244, siguiendo a Otto MAYER). El art. 105.1 prohíbe la revocación de actos administrativos que ponen al particular en una situación jurídica de poder susceptible de defensa mediante acción judicial. Es indiferente que el acto "remueva obstáculos" o "declare derechos", lo importante es la situación de poder en que se ubica el particular. Correctamente, FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Ob.cit.*, p.263), al afirmar la irrevocabilidad de los actos "declaratorios de derechos" incluía tanto los discrecionales como los reglados (aunque, paradójicamente, también afirmaba -p.258- la revocabilidad de las autorizaciones para abrir un local público, pues éstas constituirían "declaraciones subjetivas que no llegan a crear tales -derechos-").

³¹ La revocación, si se produce fuera de las causas previstas en la ley, es nula. No basta entonces con indemnizar, sino que ha de concurrir una causa legal de revocación. Igual que la expropiación forzosa no es un simple reconocimiento de equivalente económico por la privación de un bien, sino que

supuestos revocatorios que afecten a "actos declarativos de derechos", exceptuando así el principio de irrevocabilidad del art. 105.1 LRJAP³². Tales supuestos revocatorios han de estar referidos, según criterio tradicional, a la satisfacción de intereses generales³³.

A partir de esta introducción, se puede afirmar que el beneficiario de un acto administrativo disfruta de un doble nivel de protección constitucional para su situación jurídica³⁴: El principio de seguridad jurídica (art.9.3 CE) le garantiza la permanencia del acto ("declarativo de derechos") dictado, salvo en los supuestos en que la ley permita la revocación³⁵. El derecho de propiedad (art.33 CE) le asegura que allí donde excepcionalmente haya de sacrificarse su situación jurídica (revocación), por lo menos se le va a reconocer una compensación económica por el

ha de existir también "causa expropiandi" (utilidad pública o interés social) y han de cumplirse normas de procedimiento (declaración de necesidad de ocupación, acta de ocupación). Y es que, como diré seguidamente, las causas legales de revocación, y el procedimiento, son garantía de la seguridad jurídica (art.9.3 CE); la indemnización es garantía del derecho de propiedad (art.33 CE).

³² Se plantea entonces la vigencia del art. 16 RSCL, pues es una norma de rango reglamentario que permite la revocación de actos declarativos de derechos (licencias). La cuestión de la invalidez del RSCL no es nueva y me parece absolutamente obvia. Sin embargo, la jurisprudencia ha sido tradicionalmente benevolente con el rango del RSCL, llegando a afirmar (STS 8 mayo 1965, Az.2774) que se trata de una "norma especial"...¡Frente a la ley!, lo que es ciertamente criticable (SALA, Ob.cit., p.159, nota 74)

³³ ALBI, Ob.cit., p.683

³⁴ Implícitamente, antes de la CE: STS 24 junio 1960 (Az.2629)

³⁵ Aunque según BOQUERA (Estudios...cit., p.344), la seguridad jurídica es una característica intrínseca del Derecho, se da por la mera existencia del Derecho, y por ello no es fundamento suficiente para basar un principio de irrevocabilidad de los actos administrativos.

procedimiento formal que determine la ley (garantía patrimonial)³⁶. En este sentido, la garantía patrimonial es un último instrumento de protección, complementario del principio de seguridad jurídica³⁷. Pero estas dos garantías constitucionales (seguridad jurídica y garantía patrimonial) no se deben confundir. Irrevocabilidad no es simplemente protección de la integridad patrimonial³⁸. "Que el Estado deba mantener sus promesas no tiene nada que ver con la propiedad"³⁹

Entonces, sólo en determinadas circunstancias de interés público, dispuestas por Ley, la Administración puede revocar actos declarativos de derechos. En el Derecho positivo se encuentran, de forma dispersa, las siguientes⁴⁰:

1. Modificación de las circunstancias objetivas: "Cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a

³⁶ GARCÍA-TREVIJANO FOS, (Los actos...cit., p.426) sólo reconoce la garantía patrimonial, pero no la protección de la seguridad jurídica. Afirma el autor: "Precaristas somos todos frente a la Administración, si por tal entendemos la inexistencia de posiciones inexpugnables. Lo que sí podemos obtener es una compensación" (p.181)

³⁷ WEBER-DÜRLER, Ob.cit., p.60

³⁸ WEBER-DÜRLER, Ob.cit., p.64

³⁹ WEBER-DÜRLER, Ob.cit., p.65

⁴⁰ Véase un análisis detallado de causas revocatorias en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.346-349. El Derecho positivo incluye a menudo la revocación como "sanción", para el caso de incumplimiento de las condiciones del acto (Así, art.57 bis Ley de Ordenación Bancaria -precepto introducido por R.D. Legislativo 1298/86, de 28 de junio- en relación con autorizaciones para establecimientos de crédito). Esta "revocación" se estudia en esta Tesis en relación con las condiciones resolutorias y los modos.

la sazón, habrían justificado la denegación" (art.16.1 RSCL)⁴¹; "Alteración de los supuestos físicos existentes en el momento del otorgamiento"(art.78.1.d LC); "Cuando se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento" (art.63 a. LA); "circunstancias sobrevenidas de interés público"(art.80.10 RBEL); "si varían sustancialmente las características" (art.46.2 RGPE)⁴²; "cuando los centros (docentes privados) dejen de reunir estos requisitos"(art.23 LODE⁴³); "cuando, después de otorgarlas (autorizaciones de circulación de vehículos a motor) se acredite que han desaparecido los requisitos" (art.63.4 LTráf.).

2. Variación de la apreciación del interés público mediante una norma⁴⁴ (incluido un plan): "cuando se adoptaren

⁴¹ Es una positivación de la cláusula "rebus sic stantibus": STS 18 noviembre 1967 (Az.4750). En este caso la Administración debe, no sólo puede revocar (Vid. análisis de la jurisprudencia en CHINCHILLA, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.387), criterio éste contrario a la revocación objetiva en la codificación administrativa alemana (VwVfG), donde la revocación es siempre una decisión discrecional de la Administración (MAURER, Allgemeines...cit., Cap.11, párr.40)

⁴² En algunos casos el cambio de circunstancias objetivas puede dar lugar sólo a modificación, distinguida conceptualmente de la revocación; así, para las subvenciones: arts.81.8 y 82 LGP; art.12 OM de 12 de agosto de 1992. En cambio, el art. 77a LC, que también se refiere a "modificación" no opone este concepto al de revocación, y siguiendo a GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.346 se puede entender que tal modificación puede comprender también, en última instancia, una revocación.

⁴³ Según el Consejo de Estado las autorizaciones de centros docentes privados son regladas (DCE núm.567/91. Recopilación de Doctrina Legal 1991, p.330)

⁴⁴ SALA (Ob.cit., p.158) exige -siguiendo a RESTA- que el cambio de criterios sea abstracto y general, y por ello sólo por norma. Este criterio se puede mantener rigurosamente para los actos administrativos reglados, pues mientras que no se modifique la norma la Administración está obligada a dictar ese mismo acto, el cambio de apreciación no recogido en norma

nuevos criterios de apreciación (art.16.1 RSCL); "cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos" (art.63c LA: "revisión"); "cuando lo exija su adecuación a los planes o normas correspondientes" (art.77c LC)

3. Inclusión de una cláusula de precario. En concesión de aguas (art.53.3 LA); en permiso de circulación (art.62.2 LTráf.); en licencias de edificación (art.136.1 LS).

Pero esto son sólo muestras en leyes especiales. En nuestro Derecho no existe un sistema codificado de supuestos revocatorios. Esta sistematización sí se da, en cambio, en la codificación administrativa alemana. El art. 49 II VwVfG enumera las siguientes causas de revocación (lo que sigue no es traducción, sino explicación):

- (1) Cuando una norma jurídica permite la revocación o ésta está reservada en el acto administrativo.
- (2) Cuando al acto administrativo se adhiere un modo

es irrelevante (Otra opinión en MONTORO CHINER, La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos, Madrid, 1983, pp. 131 y 133, para la revocación de licencia urbanística por inclusión de un edificio en Catálogo). En cambio, en el acto administrativo discrecional sí podría mantenerse un cambio de criterio de valoración que no se plasmase en norma jurídica, sino sólo en el caso concreto. Este criterio no parece rechazarse por la jurisprudencia, que se rige por el binomio cambio de circunstancias objetivas-subjetivas (STS 28 febrero 1970, Az.1145), sin exigencia de que el cambio de criterio se contenga en una norma. En Derecho alemán se mantiene un criterio más estricto; según BVerwGE 45,235,247, la eliminación (Aufhebung) del acto administrativo -discrecional o reglado- es inadmisibles cuando el órgano administrativo valora de forma distinta los hechos ya conocidos en el momento de dictarse el acto, pues eso significaría que el órgano administrativo originalmente había valorado mal los hechos -habría actuado ilegalmente-, y entonces sería procedente un procedimiento de revisión, no de revocación (Vid. EICHBERGER, Die Ausübung des Widerrufsvorbehalts im Wirtschaftsverwaltungsrecht, GewArch. 1983/4, p. 110, nota 44)

y el beneficiado por el acto no lo cumple, en su caso en un plazo al efecto fijado.

- (3) Cuando la autoridad, como consecuencia de circunstancias sobrevenidas estuviera facultada para no dictar el acto administrativo, siempre que de no producirse la revocación saliera perjudicado el interés público.

- (4) Cuando la autoridad, como consecuencia de una modificación normativa, estuviera facultada para no dictar el acto administrativo, siempre que el beneficiado no hubiera hecho uso de la consecuencia favorable o sobre la base del acto administrativo no hubiera recibido todavía ninguna prestación, y siempre que de no producirse la revocación saliera perjudicado el interés público.

-(5) Cuando se trate de impedir o eliminar graves daños para el bien común.

En este sistema se distingue entre revocación por alteración de circunstancias objetivas y por modificación de las normas aplicables (y en ambos casos con indemnización). El tercer supuesto, la revocación para eliminar o impedir graves daños, es excepcional; de él no hace uso la Administración⁴⁵. Respecto de este esquema general, el art.

⁴⁵ MAURER (Allgemeines...cit., Cap.11, párr.39) explica esta selección de supuestos revocatorios y la exigencia de indemnización a partir de la dialéctica entre protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) y legalidad (Gesetzmäßigkeit). El principio de legalidad exige que los actos administrativos sean en todo momento conformes con lo que dispone la norma. Esta conformidad desaparece cuando cambia la situación de hecho (pues entonces ésta ya no es subsumible en el supuesto de hecho normativo que ha llevado a dictar el acto) o cuando cambia la norma. La desconexión entre acto y situación de hecho o de derecho se salvaría mediante la revocación del acto, pero a esta solución se opone la seguridad jurídica del particular que ha confiado en la permanencia del acto. Esta situación dialéctica se salva mediante una ponderación, en dos pasos. En una ponderación abstracta, el art.49 VwVfG selecciona supuestos concretos en que se ha de sacrificar la seguridad jurídica a la revocabilidad. En una ponderación concreta puede resultar que la situación de confianza del particular necesite más

49 II VwVfG menciona la reserva como supuesto revocatorio independiente que excluye la indemnización. El ámbito de aplicación de esta reserva es muy amplio, si se repara en que la revocación del acto administrativo por circunstancias objetivas sólo se puede efectuar con indemnización. La forma de eludir esta regla es precisamente la inclusión de una reserva de revocación en el acto. Este sistema es en gran medida distinto al que configuran nuestras leyes administrativas especiales, pues en ellas se prevé la revocación por cambio de circunstancias objetivas sin indemnización. Ello determina que el ámbito de aplicación de la reserva de revocación en nuestra práctica administrativa sea mucho más limitado que el que permiten las Leyes de procedimiento administrativo alemanas.

b) El carácter constitutivo de la reserva de revocación.

aa) Dos acepciones de la expresión "carácter constitutivo de la reserva de revocación".

La doctrina se ha ocupado, tradicionalmente, del tema del carácter constitutivo de la reserva de revocación⁴⁶. Mas bajo este título genérico se hace referencia, en realidad, a dos cuestiones distintas⁴⁷:

1. Carácter constitutivo significa, por un lado, que la reserva de revocación crea un supuesto revocatorio nuevo. La

protección, entonces a la revocación ha de ir acompañada una indemnización (art. 49 V VwVfG).

⁴⁶ VON MÜNCH, Ob.cit., pp.53 y ss. y 121 y ss; LUCIFREDI, Ob.cit., pp.205 y ss, IPSEN, Ob.cit., pp.148 y ss; KLOEPFER, Kettenverwaltungsakte...cit., pp.371 y ss; SALA, Ob.cit., pp.267 y ss; WELLAS, Ob.cit., pp.130 y ss; EICHBERGER, Ob.cit., pp. 105 y ss;

⁴⁷ ALESSI (según cita de GARCÍA TREVIJANO, Los actos...cit., pp.177-178) y STS 23 abril 1980 (Az.2719)

reserva permitiría a la Administración revocar allí donde no está previsto en la leyes⁴⁸. A ello se le denomina también reserva negocial de revocación⁴⁹. Este parece ser el sentido de la expresión carácter constitutivo de la reserva de revocación en la primera literatura⁵⁰. Define un momento histórico en que las leyes -generales o especiales- no regulan supuestos revocatorios, éstos los crea la Administración mediante reserva en el acto administrativo. En este caso, lo importante es determinar si el Ordenamiento jurídico permite que la Administración incluya supuestos revocatorios más allá de las leyes. A efectos de este análisis de legalidad, distinguiré más adelante entre reservas "contra legem", "praeter legem", "intra legem" o "secundum legem" (vid. infra Cap.13 III A) a).).

2. En la segunda acepción, más actual, el carácter constitutivo de la reserva de revocación se entiende en el marco de las leyes. Ya no se trata de crear nuevos supuestos revocatorios, allí donde las leyes no los prevén, sino de fijar o anunciar hoy las circunstancias concretas que en un futuro pueden determinar que la Administración revoque un acto favorable de conformidad con los supuestos previstos en la ley⁵¹. Esta es la acepción de "carácter constitutivo" que se va a intentar exponer en este epígrafe.

⁴⁸ Esta acepción en LUCIFREDI, Ob.cit., pp.207 y ss. También SALA, Ob.cit., p.272

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...I, cit., p.614

⁵⁰ Así, en VON MÜNCH, Ob.cit., p.53. Aunque también se encuentra esta acepción, más recientemente, en WELLAS, Ob.cit., p.30

⁵¹ Según STS 23 abril 1983 (Az.2719): "...No puede decirse que la Administración se autoconceda de manera arbitraria el emplazamiento de las instalaciones telefónicas...en cuanto que la condición impuesta (cláusula de precario) viene expresamente referida a...(la) facultad de revocación o modificación que le concede el número 10 de art.63 (del RBEL de 1955)"

bb) Previsión de una futura revocación en el marco de las leyes⁵².

1. Precisión conceptual.

No se crea un nuevo supuesto revocatorio, sino que se facilita o concreta el ejercicio de los supuestos revocatorios que fija la ley. Por ello, a efectos de analizar la legalidad de estas reservas, las denomino "secundum legem" (vid. infra Cap.13 III A) a).). Se pueden identificar varios supuestos.

En el primero, la ley autoriza a la Administración a incluir reservas de revocación en actos administrativos (así el art.53.3 LA; art.136.1 LS y con carácter general en Derecho alemán el art. 36 II 3 VwVfG). Al incluir la reserva de revocación, la Administración está previendo ya una situación futura en que puede ser necesaria la revocación. La Administración está constituyendo un supuesto revocatorio.

En un segundo supuesto, puede ocurrir que la ley no haya autorizado específicamente la inclusión de la reserva de revocación, pero la adición de ésta se encuentre en el marco de la ley⁵³, de la siguiente forma: toda revocación ha de ser en virtud de la concurrencia de las circunstancias de interés público que ha seleccionado la ley, esto es, cambio de circunstancias objetivas, o cambio de criterios de apreciación en una norma. En el momento de la revocación, la Administración debe justificar la concurrencia de uno de esos

⁵² No conceden a esta reserva ninguna virtualidad: GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit. p.180; GARRIDO FALLA, Tratado...vol.I, cit., p.424, nota 47

⁵³ VON MÜNCH, Ob.cit., p.122

supuestos revocatorios⁵⁴. Pues bien, incluyendo una cláusula de revocación en un acto la Administración eludiría la obligación de justificar la concurrencia de un supuesto revocatorio. Con la reserva de revocación se eliminaría, simplemente, la obligación de motivar la revocación⁵⁵. Más claro con un ejemplo: si, según el art. 16.1 RSCL, la Administración debe revocar una licencia cuando "...sobrevinieran otras (circunstancias) que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación", es claro que en el momento de la revocación la Administración habrá de justificar en qué consiste el cambio de circunstancias objetivas. Contra esa obligación de motivar la Administración se protegería mediante la reserva de revocación. A la vista de una situación de hecho o de derecho cambiante o confusa la Administración avisaría, por medio de la reserva, que hay una continua justificación de interés público para revocar, esto es, para ejercitar la reserva de revocación. Y por eso, la revocación, cuando tuviera lugar, podría ser sin motivación. Lo mismo ocurriría cuando con la reserva de revocación se avisase de un próximo cambio normativo o de la futura adopción de nuevos criterios de administración.

"Carácter constituyente" de la reserva significaría, en los casos expuestos, que la futura revocación se independiza del momento en que tiene lugar, pero ¿Se independiza también de las circunstancias que se daban en el momento de dictarse el acto? EICHBERGER contesta afirmativamente: una revocación futura no tiene por qué limitarse a las circunstancias de hecho que se daban en el momento de dictarse el acto. La reserva de revocación se erigiría así en causa absoluta e

⁵⁴ Por exigencia del art. 54.1 a LRJAP (esta misma exigencia, para Alemania, en el art. 39 VwVfG)

⁵⁵ EICHBERGER, Ob.cit., p.107

independiente para la revocación⁵⁶. Un concepto tan extremo se rechaza en nuestra doctrina. En relación con la licencia de obra provisional (a la espera de ejecución de un Plan) del art.58.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 (actual art.136.1 LS) afirma GONZÁLEZ PÉREZ que la revocación de la licencia (que contienen una reserva de revocación) está vinculada a la inminente ejecución del Plan⁵⁷. Por tanto, la reserva de revocación no se independiza de las circunstancias que la hicieron nacer.

⁵⁶ EICHBERGER, Ob.cit., p.107. Este autor rechaza, incluso, que la motivación necesaria para incluir la reserva de revocación, se convierta luego en elemento de vinculación de la posterior revocación. Resulta así que la Administración podría revocar incluso más allá de las circunstancias que motivaron la inclusión de la reserva (Ibíd.). En concreto, continúa EICHBERGER, la reserva de revocación puede servir para que la Administración revoque un acto (autorizatorio) cuando el particular se ha excedido de lo que el acto permitía (p.110). Con ello se viene a dar una consecuencia jurídica revocatoria al incumplimiento de las "determinaciones de contenido del acto" (Inhaltsbestimmungen), que en principio no tienen prevista otra consecuencia en las leyes que la prohibición en el exceso, pero no la extinción del acto (vid. supra Cap.6 III B.).

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, Comentarios a la Ley del Suelo I, (* TR 1976) 5.Ed., reimpresión 1990, art.58.2, p.687; el fundamento de este criterio lo sitúa GONZÁLEZ PÉREZ en el principio general de buena fé (art.58.2, p.687)

2. Intentos de justificación teórica del "carácter constitutivo".

2.1. Posposición de una denegación en un momento futuro⁵⁸.

Esta explicación se formula así: lo que hoy podría ser denegado (no hay derecho subjetivo a lo solicitado) se transforma en un otorgamiento que puede ser revocado en cualquier momento. Las razones para una posible denegación permanecen latentes dentro del acto administrativo, a través de la reserva, y salen a la luz en cualquier momento, constituyendo razón suficiente para la revocación. Esta explicación es susceptible de varias críticas:

i) El otorgamiento del acto administrativo ha creado efectos que no se pueden obviar con la justificación de que en realidad ha existido una postergación de la denegación en el tiempo⁵⁹.

ii) No hay identidad material entre la denegación actual y la revocación futura; se trata de actos que operan en momentos distintos⁶⁰, y las causas que los determinan normalmente no han de coincidir: lo normal es que en la revocación futura intervengan otras circunstancias que no se

⁵⁸ Walter JELLINEK, Polizeiliche Genehmigung auf jederzeitigen Widerruf, en "Preußisches Verwaltungsblatt" 47 (1925-1926), p.575; del mismo autor, Verwaltungsrecht, cit., p.281; VON MANGOLDT, Ob.cit., pp.101 y 118; SULSER, Ob.cit., p.10.

⁵⁹ FORSTHOFF, Ob.cit., p.256 (en el círculo de citas, frecuentemente aparece la p. 266: es un error); HÖNIG, Ob.cit., p.91; IPSEN, Ob.cit., pp.157-158; WELLAS, Ob.cit., p.131.

⁶⁰ WELLAS, Ob.cit., p.131

daban en el momento de la denegación presente⁶¹.

iii) En todo caso la Administración ha de valorar la existencia de circunstancias suficientes en el momento de la revocación, y con criterios ponderados⁶². No es suficiente motivo para la revocación aludir a las circunstancias que otrora hubieran motivado una denegación⁶³. Piénsese en un supuesto concreto: Ante una solicitud de acto favorable por un particular (P.Ej: licencia de apertura), la Administración, para asegurar el cumplimiento de requisitos normativos que no se cumplen por el solicitante, otorga el acto con reserva de revocación ("licencia provisional"). Si se modifican las exigencias legales que se aseguraron con la reserva de revocación no tiene sentido que la Administración siga disponiendo de la facultad de revocar. La reserva en el momento de dictar el acto no puede dar lugar hoy a la revocación.

iv) No es una facultad de la Administración el elegir entre la denegación y el otorgamiento con cláusula de revocación⁶⁴. El incluir una reserva de revocación en lugar

⁶¹ WELLAS, Ob.cit., p.80. La jurisprudencia alemana ha señalado al respecto (BVerwGE 32,12,14): "La facultad de la Administración de revocar un acto favorable lícito no es necesariamente, en cuanto a sus requisitos, la otra cara de la facultad de otorgar el acto. Por el contrario, la revocación se rige por patrones propios, según los principios generales del Derecho Administrativo y no siempre por las normas administrativas que regulan el otorgamiento de los actos favorables. Cuando se dicta un acto administrativo se crea una situación, mientras que la revocación se encuentra con una situación ya creada".

⁶² GUAITA, Derecho...cit., p.71; DEL SAZ, Ob.cit., p.203; STS 23 abril 1980 (Az.2719); DCE 144/93/RL, p.20

⁶³ WELLAS, Ob.cit., p.132; en términos similares: GARCÍA-TREVIJANO, Los actos...cit., p.180. Vid también STS 29 septiembre 1980 (Az.3460)

⁶⁴ WELLAS, Ob.cit., p.131

de denegar todo lo solicitado no es una gracia revocable, es ejercicio proporcional de facultades regladas o ejercicio de facultades discrecionales de acuerdo con el fin de la norma y los principios constitucionales.

2.2. Inversión de la carga de la prueba en favor de la Administración⁶⁵.

Esta explicación parte de las siguientes premisas: Cuando la Administración revoca un acto según las reglas generales está actuando sobre una situación jurídica existente. Esta revocación precisa de motivación suficiente para ser lícita (en Derecho español: art.54.1 a) LRJAP). En un proceso contencioso en que se impugna la revocación, la carga objetiva de la prueba (objektive Beweislast) recae sobre la Administración, no sobre el particular que impugna: la Administración ha de aportar motivación suficiente que justifique el sacrificio de un derecho o interés legítimo actual⁶⁶. Pues bien, sobre este régimen general para la revocación, la reserva operaría un cambio. Invertiría la carga objetiva de la prueba, siquiera parcialmente. La inclusión de la cláusula de revocación en un acto administrativo produciría por sí un debilitamiento de la confianza del particular en la permanencia del acto⁶⁷. En el plano procesal este debilitamiento de la confianza

⁶⁵ FORSTHOFF, Ob.cit., p.257

⁶⁶ WELLAS, Ob.cit., pp.135-136. El concepto de carga objetiva de la prueba está presente en nuestra jurisprudencia, SSTs: 3 octubre 1986 (Az.6411); 29 enero 1990 (Az.357); 19 febrero 1990 (Az.1322); 30 mayo 1990 (Az.4292); STS 29 noviembre 1991 (Az.9383): "La presunción de legalidad del acto administrativo traslada al administrado la carga de accionar para impedir que se produzca la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales"

⁶⁷ WELLAS, Ob.cit., p.143

significaría un relajamiento de la obligación administrativa de motivar la futura revocación. En esa medida se invertiría parcialmente la carga de la prueba: en caso de duda correspondería al particular probar la ilicitud de la revocación⁶⁸. Esta explicación supone claramente una relajación en las exigencias legales para proceder a la revocación, si bien los autores que la sostienen no llegan a afirmar con rotundidad el carácter constitutivo de la reserva de revocación⁶⁹. A esta formulación teórica se le pueden hacer varias objeciones:

i) En general son extensibles las críticas expuestas en el punto anterior. La revocación -y así el ejercicio de una reserva de revocación- es una decisión actual, motivada por necesidades actuales de interés público. No se puede justificar con circunstancias pasadas necesidades de revocación actuales; y esta necesidad de justificación actual rechaza una relajación de la exigencia de motivación de la Administración a través de una supuesta "inversión de la carga objetiva de la prueba".

ii) Esta explicación se limita a desplazar a un plano procesal la indagación sobre la eficacia jurídica de la reserva de revocación⁷⁰

iii) Es una contradicción exigir al particular la prueba del no interés público de la revocación⁷¹

⁶⁸ WELLAS, Ob.cit., p.139, aunque con muchas reservas. En contra JUNG, Probleme des Widerrufsvorbehaltes, DVBL 1957, p.710

⁶⁹ Cfr.: FORSTHOFF, Ob.cit., pp.256-257

⁷⁰ VON MÜNCH, Ob.cit., p.123

⁷¹ SALA, Ob.cit., p.272; en contra GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit, p.180: el acto revocatorio goza de presunción de legalidad y es el recurrente quien debe probar que no obedece

3. Negación del carácter constitutivo de la reserva de revocación.

Nuestra tradición jurídica niega que la Administración pueda otorgarse, mediante cláusulas, el poder de revocar. Decía Bernardo HERBELLÁ DE PUGA, comentando un "auto ordinario"⁷² por despojo de un oficio: "El Vicario general, Provisor o otros Oficiales, que no pueden removerse sin justa causa, aunque sean nombrados con la reserva de poderlos amover a voluntad del que los nombró"⁷³.

En la actualidad, tanto la doctrina⁷⁴ como la jurisprudencia españolas niegan todo carácter constitutivo a la reserva de revocación⁷⁵, en las dos acepciones que arriba se han señalado: como creación de nuevos supuestos revocatorios ("praeter legem") y como eliminación de la motivación en el momento de revocar. Por un lado, el TS afirma que "la Administración carece de facultades para atribuirse por medio de dichas cláusulas el poder arbitrario

a criterios objetivos de interés público. A mi juicio, la presunción de legalidad de los actos administrativos y su eficacia directa no afectan para nada a la exigencia de motivación de todo acto restrictivo de derechos, y esta obligación de motivar es precisamente cargar sobre la Administración la prueba de la legalidad de la revocación.

⁷² Decisión judicial similar al interdicto, incluso más ágil que éste.

⁷³ HERBELLÁ DE PUGA, Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia, Santiago, 1768 (Signatura BN: 3/56207), p.39

⁷⁴ GUAITA, Derecho...cit., p.71

⁷⁵ Queda por tanto corregida la antigua jurisprudencia respecto de las cláusulas en precario en las autorizaciones para tender líneas eléctricas sobre dominio público. Vid. comentario sobre este cambio jurisprudencial en: SAINZ MORENO, La cláusula de precario para tender líneas eléctricas sobre dominio público, REDA 21, p.277

de revocar"⁷⁶. Y en cuanto a la exclusión de la motivación en la revocación reservada, dice el Tribunal que la inclusión de la cláusula de precario "...no quiere decir que la Administración vaya a actuar de un modo graciable, de forma que la revocación dependa de la voluntad del precario 'dans'..."⁷⁷. Pese a la inclusión de una reserva, el TS exige "el advenimiento de otro interés público incompatible y preferente", para "en aras de la equidad y buena fe...impedir la libre actuación de la Administración en el ejercicio de la acción de precario"⁷⁸

También en Derecho alemán las opiniones doctrinales más modernas tiende a negar carácter constitutivo a la reserva de revocación⁷⁹. Pero no cesa otra línea argumental que mantiene el carácter constitutivo de la reserva⁸⁰, y se exige entonces tan sólo que el ejercicio de la reserva de revocación se haga sin vicios de discrecionalidad (fehlerfreies Ermessen), esto es, sólo se excluye un ejercicio arbitrario de la revocación⁸¹.

Curiosamente, la codificación administrativa alemana de 1976 (VwVfG) parece inclinarse por reconocer a la reserva de revocación un verdadero carácter constitutivo. El art. 49 II

⁷⁶ STSS 29 octubre 1979 (Az.3545); 23 abril 1980 (Az.2719); 11 noviembre 1986 (Az.8053); 19 septiembre 1990 (Az.7100).

⁷⁷ STS 29 abril 1977 (Az.1776)

⁷⁸ STS 29 septiembre 1980 (Az.3460); vid. también STS 4 noviembre 1985 (Az.6303)

⁷⁹ IPSEN, Ob.cit., p.155; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.456; WELLAS, Ob.cit., pp.20,125 y 146; SCHACHEL, Ob.cit., p.40.

⁸⁰ Desde Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.255; tambnién: Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, cit., p.280; VON MANGOLDT, Ob.cit., p.118, nota 49; JUNG, Ob.cit., p.710 (dudoso); HÖNIG, Ob.cit., p.98; el más reciente: EICHBERGER, Ob.cit., p.107

⁸¹ SCHNEIDER, Ob.cit., p.29; EICHBERGER, Ob.cit., p.108

1 VwVfG contempla la reserva como causa independiente de revocación (sin indemnización). Aunque este criterio ha encontrado rechazo en la literatura jurídica⁸². Para contrarrestar la supuesta positivación del carácter constitutivo de la reserva de revocación, la doctrina ha propuesto varias fórmulas:

i) Relajación de controles en el ejercicio de la revocación, pero refuerzo en el momento de inclusión de la reserva (al dictar el acto administrativo); en este momento ha de existir ya previsibilidad de que concurran necesidades de interés público que hagan necesaria una revocación⁸³.

ii) En todo caso, aun existiendo cláusula de revocación, han de concurrir las exigencias de interés público seleccionadas por la ley como causas de revocación⁸⁴, en concreto, uno de los supuestos del art. 49 II 3-5 VwVfG.

iii) Exigencia de que la reserva esté referida a circunstancias concretas. En esa medida, los supuestos revocatorios mencionados en la cláusula de reserva sustituirían a los supuestos generales previstos en la ley⁸⁵. No habría supuestos revocatorios concretos cuando la cláusula de reserva se enunciase en términos generales o indeterminados⁸⁶. Según algunos autores, cabría entonces una

⁸² Con algunas excepciones: SCHNEIDER, Ob.cit., p.28; EICHBERGER, Ob.cit., p.108, nota 33.

⁸³ KOPP, VwVfG, cit., p.572; SCHACHEL (Ob.cit., p.41) cita esta idea como doctrina dominante, pero sin ningún autor concreto.

⁸⁴ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.619

⁸⁵ SCHACHEL, Ob.cit., pp.42-43

⁸⁶ BVerwGE DVBl 1982, p.795: "Las reservas de revocación, para ser válidas, deben expresar unívoca y claramente para qué casos y con qué extensión las prestaciones (del Estado) están

actividad interpretativa que diera contenido concreto a la cláusula de revocación, a partir del fin normativo del acto o de las circunstancias de hecho que se daban en el momento de dictarse el acto⁸⁷.

4. La reserva de revocación como instrumento de ponderación de intereses.

La jurisprudencia española, ya hemos visto, niega el carácter constitutivo de la reserva. Mas ello no significa negar toda eficacia a esta cláusula. En este sentido, y a salvo de la crítica hecha arriba, me parece muy ponderada una antigua construcción doctrinal de VON MÜNCH. Según este autor la reserva de revocación tiene por función facilitar la revocación de un acto administrativo; pero este "facilitar" es bien distinto a conceder carácter constitutivo a la

sometidas a reserva". En el caso, la Administración se había reservado la posibilidad de fijar a la baja una prestación económica de carácter social.

⁸⁷ KOPP, VwVfG, cit., p.873; para el segundo criterio ("según el contexto"), también STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit. p.,618. MEYER/BORGS (Ob.cit., p.454) llegan a aceptar una integración ulterior de la reserva de revocación con circunstancias "no apreciables en el momento de dictarse el acto administrativo, siempre que mantengan una relación objetiva con la reserva y sean equiparables en su importancia a otras circunstancias revocatorias sí contempladas". Este criterio me parece más acertado que el sostenido por VON MÜNCH. Este autor no admite la reserva de revocación en blanco. Y añade que en estos casos la revocación ha de regirse por las reglas generales (VON MÜNCH, Ob.cit., pp.126-127). Parece que VON MÜNCH considera -aunque sin explicarlo- que la reserva en blanco es nula y se tiene por no puesta (y por tanto no vicia la totalidad del acto). Pero este resultado no es evidente; en algunos casos la reserva de revocación nula puede viciar la totalidad del acto (vid. infra Cap.14 II B).). En la jurisprudencia española, la STS 29 abril 1977 (Az.1776), opta por interpretar una cláusula de precario en blanco, en lugar de considerarla nula.

reserva de revocación⁸⁸. Von MÜNCH describe una situación dialéctica de partida: la Administración quiere revocar libremente; frente a ello, el particular pretende la permanencia del acto. En cada caso concreto la solución de esta dialéctica deriva de una ponderación de intereses (Interessenabwägung). Cuando existe cláusula de revocación esta ponderación se dirige, en principio, en favor de la Administración, pero no indefectiblemente. La cláusula de revocación no siempre goza de la misma intensidad, por ello es posible incluso que la revocación sea inadmisibile pese a existir reserva de revocación. Siguiendo a VON MÜNCH, los criterios que regirían la intensidad de la reserva serían:

- Materia jurídica. Así, por ejemplo, la intensidad de la reserva de revocación en Derecho urbanístico es especialmente débil (fundamentalmente, por la especial situación de confianza que crea la licencia de edificación y los costos que se generan con su puesta en marcha). Este criterio lo podemos extender a las concesiones de dominio público, donde la intensidad de la inversión del concesionario dificultaría notablemente el ejercicio de la reserva de revocación.

- Naturaleza jurídica de cada acto. Según este criterio, la cláusula de revocación es más eficaz en un acto excepcional que en uno ordinario, más intensa en un acto que otorga una prestación duradera que en uno que otorga una prestación única. También podemos añadir que un acto con alguna cláusula onerosa (como el canon en la concesión) tiende a la irrevocabilidad⁸⁹

⁸⁸ VON MÜNCH, Ob.cit., pp.123-126

⁸⁹ STS 29 septiembre 1980 (Az.3460)

- Efectos en el tiempo. La cláusula de revocación "ex nunc" (sólo con efectos a futuro) es más enérgica que la cláusula con efectos retroactivos.

- Circunstancias que tienen lugar entre la introducción de la reserva de revocación y su efectivo ejercicio. En este sentido, un cambio de circunstancias normativas o de hecho debilitan el voltaje revocatorio de la reserva. Incluso el mero transcurso del tiempo debilita la cláusula de revocación, en la medida en que aumenta la confianza del particular en la permanencia indefinida del acto⁹⁰.

B) Indemnización.

a) Régimen legal.

Si se dan las circunstancias de interés público que exige la ley la Administración puede (o debe) revocar. Pero consecuencia de esa revocación⁹¹ puede ser el resarcimiento

⁹⁰ En este sentido, Sentencia de 19.6.1958 BSG (Bundessozialgericht: Tribunal Federal alemán de lo Social): "En general se puede decir que al juego de la discrecionalidad (en el ejercicio de la cláusula de revocación) se le puede poner más límites cuanto más tiempo ha dejado permanecer la Administración un acto con reserva de revocación" (Vid. VON MÜNCH, Ob.cit., p.124); el mismo criterio, para la licencia de construcción en Baviera: SIMON, Ob.cit., art.74, párr.49e. Otro criterio parece ser el defendido por la STS 5 junio 1987 (Az.6094): quien ha disfrutado de una "licencia" de ocupación de dominio público (con cláusula de precario) durante 18 años no puede pretender el mantenimiento de esta situación.

⁹¹ O requisito de validez para la revocación: STS 17 abril 1978 (Az.1606); STS 2 marzo 1982 (Az.1653); STS 2 julio 1985 (Az.4298). La diferencia no es baladí. Pues la exigencia de indemnización previa o simultánea es propia de una revocación expropiatoria; en cambio, una indemnización posterior sería lo procedente cuando se considere que de la revocación deriva responsabilidad de la Administración.

de posibles daños y perjuicios⁹². En general, ha lugar a indemnización cuando la revocación se debe a un cambio de criterio (fundamentalmente, mediante Plan u otra norma) en la Administración; no cuando lo que cambia son las circunstancias objetivas, al margen de la actuación administrativa⁹³

b) Efectos del acto administrativo sobre la situación patrimonial de su receptor.

El acto administrativo "declarativo de derechos" actúa sobre la situación patrimonial del particular, de varias formas⁹⁴:

1. Concede un derecho subjetivo de contenido patrimonial; por ejemplo, la concesión demanial⁹⁵, a lo que

⁹² Así lo dispone el art. 16 RSCL para la revocación de licencias "fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación"; también el art. 63 LA "Cuando lo exija (la "revisión") su adecuación a los planes Hidrográficos"; y el art. 77 LC "Cuando lo exija su adecuación a los planes o normas correspondientes". El art. 80.10 RBEL deja indefinida la consecuencia indemnizatoria, al referirse a la facultad de revocar "mediante resarcimiento de los daños que se causaren, o sin él cuando no procediere"

⁹³ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.376. Esta regulación es menos indemnizadora que la regulada en Derecho alemán por el art. 49 V VwVfG, donde también se indemniza por revocación ante cambio de circunstancias objetivas.

Reza el art. 49 V VwVfG: "En caso de una revocación en los supuestos de los párrafos 3 a 5 debe indemnizar la Administración, a instancia del interesado, el perjuicio patrimonial sufrido como consecuencia de la confianza del interesado en la permanencia del acto administrativo, en la medida en que su confianza sea digna de protección..."

⁹⁴ MAURER, Allgemeines...cit., Cap.26, párr.19; WEBER-DÜRLER, Ob.cit., pp. 61 y 63

⁹⁵ Otto MAYER, Deutsches...II, cit., p.305; GARCÍA DE ENTERRIA, Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, IEP, Madrid, 1956, p.56; GARRIDO FALLA,

la jurisprudencia añade otros actos autorizatorios⁹⁶. Este derecho patrimonial está directamente protegido por el art.33 CE. Sólo se puede extinguir por expropiación⁹⁷ (así, art.41 LEF: expropiación de concesiones; y art.58.2 LA: expropiación de la de aguas) o por rescate⁹⁸ (P.ej: art.89 LC)⁹⁹. La revocación (con indemnización) a que se refieren el art.63 c) LA y 77 c) LC es reconducible a la institución de la expropiación¹⁰⁰. En estos casos, no es necesario que el

Tratado...vol.I, cit., p.470 y vol.II, cit., p.342; MARTIN MATEO, La cláusula...cit., p.99; GUAITA, Derecho...cit., pp. 68 y 70; STS 29 septiembre 1980 (Az.3460). Se trata, en concreto, de un derecho real: GONZÁLEZ PÉREZ, Los derechos...cit., p.34;

⁹⁶ En relación con licencias de exhibición de películas (extranjeras) afirma la STS 1 febrero 1990 (Az.1065): "se trata de un derecho consolidado en virtud de acto administrativo declarativo de derechos dictado válidamente con arreglo a la legislación entonces vigente, que incorporado al patrimonio de F. sólo podría verse afectado a través del régimen expropiatorio..."

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRIA, Los principios...cit., p.56

⁹⁸ Que, según la doctrina, es "medida expropiatoria" con obligación de compensar: GARCÍA-TREVIJANO, Los actos...cit., p.428; GARRIDO FALLA, Tratado...vol.II, cit., p.312

⁹⁹ En este caso es dudoso que el rescate se realice mediante "equivalente económico" de la concesión. Pues si el particular aún no ha invertido nada difícilmente se puede identificar una "pérdida de beneficios" indemnizable.

¹⁰⁰ Aunque en la STS 5 junio 1981 (Az.2550), referida a una concesión de minas, parece afirmarse algo distinto. En el caso, el concesionario de minas se ve impedido parcialmente en su aprovechamiento por limitaciones impuestas por la Administración forestal. Afirma el Tribunal: "...Y aunque tal decisión de la Administración forestal sea enteramente legal...no lo es menos que las decisiones dichas... (afectan)...a elementos accesorios, pero esenciales de la misma (concesión) que, por ende, formaban parte del patrimonio como derechos reales administrativos del concesionario..." "Por lo que jurídicamente nos encontramos ante un daño no justo que...debe ser indemnizado..." Vid. comentario a esta STS en MONTORO CHINER (Ob.cit. p.182), como supuesto de "revocación indirecta".

beneficiario aporte su trabajo o inversión para que exista un bien patrimonial protegible. Cuando las facultades que concede un acto administrativo se protegen directamente mediante el derecho de propiedad, como es el caso, no encontramos en el escalón más alto de protección de la seguridad jurídica (confianza) del particular¹⁰¹.

2. Origina una situación de confianza legítima en su receptor. Confianza en la permanencia del acto; por ejemplo, una licencia de apertura¹⁰² o una subvención¹⁰³. Esa

¹⁰¹ WEBER-DÜRLER, Ob.cit., pp.59 y 64

¹⁰² Según Otto MAYER (Deutsches...I, cit., p.252 y nota 28) las licencias de policía (licencia de urbanismo y licencia de industria) no otorgan por sí mismas derechos, si bien con ello se quería decir que los derechos eran antecedentes a las licencias (Vid. esta lectura correcta de Otto MAYER en SALA, Ob.cit., p.239). Mas la cuestión ahora no es ver cuándo hay derecho al otorgamiento de una licencia, sino cuándo hay derecho de propiedad. Siguiendo a DÜRIG (Der Staat und die Vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, en "Festschrift für Apelt", München u. Berlin, 1958, p.46), el acto administrativo favorable, y en particular los actos autorizatorios (como licencias de apertura) no otorgan sin más propiedad, sino posibilidad de hacer propiedad, mediante la aportación de trabajo y capital. Literalmente, DÜRIG (p.46): "El acto administrativo favorable, como tal...y las facultades que por él se crean, otorgan o conceden excepcionalmente no son -todavía- propiedad en sentido constitucional, pues aún falta la propia aportación como elemento configurador del concepto de propiedad". Este criterio, en relación con la licencia de apertura en Alemania, en LANDAMANN/ROHMER, Ob.cit., Introducción al art.4, párr.25. A similares resultados llega en España Tomás-Ramón FERNÁNDEZ (El medio ambiente urbano y las vecindades industriales, Madrid, 1973, p.112), al afirmar que la licencia de apertura crea "simples expectativas de continuidad". Incidentalmente se recoge el mismo criterio en STS 1 julio 1991 (Az.5967), sobre licencia municipal para movimiento de tierras: "la licencia otorgada...al no iniciarse las actividades a que se refería, tal licencia era sólo un documento sin realización práctica, del que no puede derivar ahora derecho alguno incorporado al patrimonio del recurrente cuya lesión o sacrificio de lugar a indemnización"

situación de confianza puede suponer, o supone normalmente, actividad patrimonial (inversiones, adquisiciones...). Una posterior revocación del acto lleva consigo la esterilización de la actividad económica realizada, y por ello un perjuicio patrimonial. El principio de protección de la confianza legítima impide que el particular cargue con los efectos negativos de la revocación: "el acto administrativo ha originado una modificación decisiva en la esfera de relaciones del beneficiado y a éste no le es exigible...deshacer aquélla modificación"¹⁰⁴. Aquí el derecho de propiedad (art.33 CE) no cubre el acto administrativo, sino los efectos patrimoniales a los que la

¹⁰³ DÜRIG, Ob.cit., p.53, que comprende en el concepto de subvención tanto becas, como beneficios o asignaciones a fondo perdido. En la actualidad, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfGE 72,175,193 y ss.) considera que aunque la subvención otorga "derechos de contenido patrimonial" (Vermögensrechte), se trata de situaciones jurídicas no cubiertas por el art. 14 GG (derecho de propiedad). Vid. MAURER, Allgemeines...cit., Cap.26, párr.19. En Derecho español de subvenciones, afirma FERNÁNDEZ FARRERES (La subvención...cit., p.78) que la subvención constituye una "atribución patrimonial", y que "el otorgamiento aceptado de la subvención hace nacer un efectivo derecho subjetivo del beneficiario a su percepción" (De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español RAP 113 (1987), p.48). El sentido de estas afirmaciones es sostener que la subvención no es libremente revocable, como se deduciría del art.26.1.2 RSCl (cfr. FERNÁNDEZ FARRERES, La subvención...cit., pp.433 y 447 y De nuevo...cit., p.51). Ahora bien, para sostener la irrevocabilidad de la subvención no hace falta llegar a afirmar que la subvención crea un derecho subjetivo patrimonial. Pues la irrevocabilidad es una cuestión de seguridad jurídica (protección de la confianza legítima), no de propiedad. Es correcta, en este sentido, la STC 6/1983, FJ 2: el beneficio fiscal (como forma de subvención) no está amparado por el art. 33 CE: propiedad (Crítica a esta STC en FERNÁNDEZ FARRERES, De nuevo...cit., pp.62 y 63); incluso el voto particular del Magistrado GÓMEZ FERRER en esta STC se refiere a la "confianza del ciudadano en el Estado" como una forma de garantía distinta de la propiedad.

¹⁰⁴ NEUMANN, Die Grenzen des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, NJW 1962, p.1085

actuación confiada del particular ha dado lugar (eigene Leistung)¹⁰⁵. En palabras de KOPP: " No se trata de una compensación por la pérdida del acto administrativo, sino por los actos de disposición patrimonial que tienen lugar confiando en la permanencia del acto administrativo, y cuya pertenencia al concepto de propiedad en el sentido del art. 14 GG no se puede poner en duda"¹⁰⁶. Por ello, el particular que no hace uso de una licencia de apertura no disfruta de protección patrimonial¹⁰⁷

Y es importante destacar que el perjuicio patrimonial sólo se indemniza en la medida en que esté cubierto por una situación de confianza legítima¹⁰⁸; no se indemniza, por no existir legítima confianza¹⁰⁹: si el particular contaba con la revocación¹¹⁰; si el particular ha colaborado en provocar

¹⁰⁵ DÜRIG, Ob.cit., pp.13 y ss. BGHZ 81,21,23 y ss. LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., Introducción al art.4, párr.25

¹⁰⁶ KOPP, VwVfG, cit., p.859

¹⁰⁷ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., Introducción al art.4, párr.28

¹⁰⁸ Esta es la regla del art. 49 V VwVfG: "En caso de una revocación...debe indemnizar la Administración, a instancia del interesado, el perjuicio patrimonial surgido como consecuencia de la confianza del interesado en la permanencia del acto administrativo, en la medida en que su confianza legítima sea digna de protección..."

¹⁰⁹ KOPP, VwVfG, cit., p.842

¹¹⁰ Implícitamente, aunque sin la base teórica expuesta, se encuentra esta solución en STS 7 noviembre 1981 (Az.476): la Administración revoca una licencia de demolición de un edificio de valor artístico, aunque no catalogado en el momento de otorgar la licencia de demolición; el Tribunal reduce sustancialmente la indemnización solicitada por el particular: "...la indemnización no puede tener el alcance pretendido...porque...el intento de demoler un edificio (artístico)...revela un gran atrevimiento y una ausencia de debida colaboración del particular en defensa de aquello que conviene conservar..." En mi opinión, había un argumento jurídico más sólido que el "atrevimiento": el particular no podía confiar legítimamente en una licencia de demolición de

la razón de la revocación¹¹¹. Institucionalmente, estamos ante una indemnización por responsabilidad, no por expropiación. En nuestro Derecho positivo no se puede identificar la revocación como un "tertium genus" entre expropiación (art.33.3 CE) y responsabilidad (art.106.2 CE), sino como una forma de actuación administrativa reconducible, según los casos, a una de las dos instituciones indemnizatorias. A esta misma conclusión se llega analizando la doctrina sobre las indemnizaciones jurídico públicas¹¹². Ciertamente que la revocación se produce a través de un procedimiento administrativo peculiar¹¹³, pero institucionalmente no determina un concepto indemnizatorio nuevo. Hemos visto más arriba que hay actos administrativos creadores de derechos subjetivos de contenido patrimonial (p.ej.: concesión demanial). Y dijimos que la indemnización por revocación, en aquellos casos, lo es en concepto de expropiación. Pues bien, también hay indemnización por revocación de otros actos administrativos que no son expropiación¹¹⁴. Así ocurre, por ejemplo, con una licencia

un edificio de notorio valor artístico.

¹¹¹ Este criterio está admitido en Derecho español en relación con la responsabilidad de la Administración cuando concurre también culpa del dañado. Esta concurrencia de culpa no rompe el nexo causal, pero rebaja el monto de la indemnización.

¹¹² En el sistema de garantías patrimoniales formulado por GARRIDO FALLA la revocación carece de entidad propia, como concepto indemnizatorio. Se trataría de una actuación lícita de "conversión de derechos", y por tanto encuadrable en el concepto general de "indemnización de derecho público" (GARRIDO FALLA, Tratado...vol.II, cit., p.218 nota 4).

¹¹³ SALA, Ob.cit., p.262

¹¹⁴ Ciertamente que, como señala SALA (Ob.cit., p.258), la amplitud conceptual de la expropiación forzosa en nuestro Derecho (el art. 1 LEF considera expropiación incluso la "mera cesación de su ejercicio [de un derecho]") dificulta la aplicación de otras instituciones indemnizatorias, como la responsabilidad por revocación. Por esta razón se afirma en ocasiones que la única forma de extinguir un acto declarativo

de derechos es mediante la institución expropiatoria, así MANZANEDO (El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español, vol.I, Madrid, 1968. p.419), en relación con las autorizaciones de comercio exterior (el mismo resultado para la licencia municipal, en ENTRENA, Las licencias en la legislación local, REVL 107 (1959), p.676). Atendiendo al Derecho alemán resulta que -siguiendo a KOPP (VwVfG, cit., p.882)- la regulación de la revocación (art.49 V VwVfG) se encuadra conceptualmente como intervención equivalente a la expropiación (Enteignungsgleiche Maßnahme: creación jurisprudencial del BGH). Pero esta explicación como expropiación se debe más bien a la estrechez conceptual de la responsabilidad administrativa alemana (sólo por culpa y con incumplimiento de una obligación que le incumbe a la Administración, según los arts.34 GG y 839 BGB -Vid. OSSENBUHL, Staatshaftungsrecht, 4.Ed., München, 1991, pp.38 y 58-). Ese mismo espacio lo ocupa en España la responsabilidad por actuación lícita de la Administración, por lo que en Derecho español no hay necesidad de remitir la revocación en todo caso a la expropiación. En todo caso, nuestra propia doctrina ha reconocido límites a la "vis expansiva" del art. 1 LEF; ya exponía GARCÍA DE ENTERRIA, (Los principios...cit., p.175), que no todos los daños por actuación lícita de la Administración se encuadran en la institución de la expropiación, corresponderían a la institución de la responsabilidad cuando la lesión se produzca "incidentalmente, residualmente". Ahora bien, esta idea de residualidad en la lesión parece insuficiente en relación con la revocación, que si bien no es un "negocio jurídico dirigido directamente al despojo patrimonial" (esa es la definición de expropiación de GARCÍA DE ENTERRIA, Los principios...cit., p.174; e igual en LEGUINA, La responsabilidad civil de la Administración Pública, 2.Ed. Madrid, 1983, p.168), tampoco es un efecto meramente residual. En alguna ocasión, el TS ha incluido la indemnización por revocación dentro de la responsabilidad; así la S. 8 octubre 1976 (Az.4987): "Esta modificación de la situación existente que nació a virtud de un acto administrativo autorizante no aparece para su titular una lesión patrimonial que aparecería en radical contradicción con los principios fundamentales rectores de la responsabilidad administrativa, los cuales anudan la consecuencia de la indemnización incluso a...la revocabilidad o rectificabilidad de las licencias". Y para la llamada revocación indirecta de licencias de obras reconoce incidentalmente MONTORO CHINER (Ob.cit., p.180) que la institución a aplicar es la responsabilidad, no la expropiación. La cuestión no es, desde luego, clara, pero como principio creo que se puede afirmar que hay casos de revocación que se indemnizan por la institución de la responsabilidad. Este sería el supuesto de la revocación de

de actividad, que controla el ejercicio de un derecho de libertad, la libre empresa (art.38 CE) conforme a su delimitación por la ley. La licencia en sí misma no es propiedad. Por tanto, su revocación no es "expropiación". La protección patrimonial del titular de la licencia se da cuando éste ha puesto en marcha (Inswerksetzen) el contenido autorizatorio de la licencia. Su inversión y trabajo (eigene Leistung) si son un valor patrimonial protegido por el art.33 CE. Y en este caso, la protección patrimonial consiste en el resarcimiento por la falta de amortización de la inversión y el trabajo. Obvio es que esto no se puede expropiar, pero si resarcir, y a tal fin sirve la institución de la responsabilidad del art. 106.2 CE, por un "funcionamiento normal (lícito) de los servicios públicos". La aplicación de esta institución significa que sólo habrá indemnización en la medida en que haya inversión. Nada hay que indemnizar cuando el particular no ha actuado económicamente la licencia, pues entonces no hay daño¹¹⁵. Aquí hay que aclarar que la revocación ha de estar, en todo caso, permitida por la ley, ha de ser un "funcionamiento normal" de los servicios públicos. Una revocación "contra legem" no da lugar a indemnización, sino a anulación. Y en todo caso la indemnización por funcionamiento normal debería estar restringida a la compensación, no a una cobertura general de daños. El monto de la indemnización debería limitarse a la compensación por el daño patrimonial efectivamente sufrido, sin incluir la reparación de otros daños y perjuicios económicos (como el beneficio dejado de obtener) o daños

actos administrativos que no crean un derecho subjetivo de contenido patrimonial, sino una situación de confianza legítima en la permanencia de ese mismo acto.

¹¹⁵ SALA, Ob.cit, p.262, refiriéndose con carácter general a los actos reglados.

morales¹¹⁶. Esa es precisamente la regulación de la revocación en el procedimiento administrativo alemán¹¹⁷. Y puede ser conveniente hacer una reflexión en el mismo sentido para el Derecho español¹¹⁸.

¹¹⁶ Nuestro Derecho no contempla una regulación específica para la revocación de actos administrativos. A lo más, las leyes se remiten a los criterios de valoración de la LEF (V.gr: Disposición Transitoria 2a RAMINP). Pero ya hemos visto como conceptualmente no estamos ante una expropiación de un bien o derecho. La indemnización por revocación, en estos casos, es un supuesto de responsabilidad administrativa, del art.106.2 CE.

¹¹⁷ En efecto, de acuerdo con el art. 49 V VwVfG, que hace una remisión al art 48 III 3-5 (revisión -por motivos de legalidad- del acto administrativo), la indemnización cubre sólo el llamado interés negativo; esto es, el perjuicio económico directo, no las expectativas de lucro del particular ("interés positivo"). Ahora bien, dentro del interés negativo se incluyen la "posibilidad de beneficio no utilizada" y la "posibilidad de haber realizado otro tipo de actividad económica" (KOPP, VwVfG, cit., p.841); se trata de una recepción analógica de las reglas de los arts. 122 I; 179 II; y 307 I 1 BGB.

¹¹⁸ Teniendo en cuenta que la medida similar a la expropiación en Alemania (donde se incluye la revocación: vid. cuatro notas más arriba) y la responsabilidad por actuación lícita en España se refieren a una misma realidad, tampoco debería ser distinto el monto de la indemnización. Y resulta que la expropiación en Derecho alemán contiene sólo un equivalente económico (Ersatzleistung), que incluso puede estar por debajo del valor económico del bien (cfr.art.14 III 3 GG y BVerfGE 24,367,421: Hamburger Deichordnung, sentencia reproducida por RICHTER/SCHUPERT, Casebook Verfassungsrecht, 2.Ed., München, 1991, p.329). Parece claro que la indemnización de daños (Schadenersatz) no se da en las medidas expropiatorias, sino en la responsabilidad administrativa (con culpa): las medidas expropiatorias alemanas no se extienden al llamado lucro cesante (Vid. una correcta exposición del sistema alemán, en GALLEGO ANABITARTE, Derecho General..., cit., pp.282-285, nota 33). En la misma línea, creo que es sostenible para nuestro Derecho que la indemnización por funcionamiento normal de un servicio público (por ejemplo, revocación lícita de licencia) debe restringirse a la compensación por el bien sacrificado, y no extenderse a otros conceptos (daños) que sólo han de indemnizarse cuando se da un funcionamiento anormal del servicio. Este criterio esta recogido en la doctrina española, aunque desde bases dogmáticas distintas. Para

c) La reserva de revocación como elusión de indemnización.

Ha quedado expuesto que en nuestro Derecho la revocación por nuevos motivos de apreciación (mediante aprobación de nuevas normas) necesita indemnización. La reserva de revocación sirve, precisamente, para eludir dicha indemnización. Este fin es aún más claro en la VwVfG, donde toda revocación (tanto por circunstancias objetivas como cambios normativos o administrativos) necesita indemnización; sólo se exceptúa el caso de que el acto administrativo contuviera una reserva de revocación (cfr. art. 49 V VwVfG); ¿Por qué la reserva de revocación puede evitar la

GARRIDO FALLA (Tratado...vol.II, cit., p.233) el daño con causa lícita (que se encuadra en la institución "indemnización") sólo ha de extenderse al daño emergente, se trata de un caso de conversión de derechos; similar solución se encuentra en GALLEGO ANABITARTE (Expediente sobre el curso académico 1972-73, vol.I, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela, pp.20 y ss), quien ha demostrado que en nuestro Derecho histórico la indemnización de daños causados por obras públicas -acto lícito- se produce al margen de exigencias de culpabilidad y de forma paralela a la expropiación. También desde otra posición doctrinal, que rechaza la existencia de culpabilidad, ilicitud o anormalidad como requisito para la imputación de responsabilidad, en cambio si se reconoce virtualidad a la culpabilidad o ilicitud para aumentar el monto indemnizatorio (LEGUINA, Ob.cit., p.350; NIETO, voz Indemnización, en NEJ Seix, p.211), extendiéndose la indemnización a la cobertura de todos los perjuicios que conocidamente se deriven del acto lesivo (así GARCÍA DE ENTERRIA (Los principios...,cit., p.233; vid. también PALLARES MORENO, Estado, Administración, Poderes Públicos y Responsabilidad, Granada, 1987, pp. 209 y 216). Una solución distinta a la expuesta propone MONTORO CHINER (Ob.cit., p.144) para la revocación de licencia de obras por cambios de criterios de apreciación (recogidos en nuevo Plan), afirmando que entonces la indemnización debería ser más alta, para que "supliera o atenuara el daño moral que se comete eliminando un derecho individual en interés de la colectividad". Frente a esta última opinión, pienso que el sacrificio de una situación jurídica en beneficio de la colectividad debe simplemente compensarse objetivamente, sin ampliación de conceptos indemnizatorios.

indemnización? La explicación de este efecto se ha intentado de varias formas¹¹⁹:

1. Para el caso en que el acto crea un derecho subjetivo patrimonial:

1.1. La cláusula de revocación supone un debilitamiento en el derecho que concede un acto administrativo. La situación jurídica del particular, desde su inicio, está relativizada, "precarizada". Con el acto administrativo el particular no habría recibido poderes jurídicos plenos, sino condicionados¹²⁰. Y entonces una revocación no quita nada, no expropia, porque la situación jurídica del particular siempre fue inestable, débil¹²¹. Esta explicación sigue siendo hoy el marco de comprensión de la falta de indemnización por inclusión de reserva.

1.2. En el mismo sentido también se habla de derechos no adquiridos: "derecho en la medida en que es oponible frente a terceros; no adquirido, por cuanto no funda una pretensión

¹¹⁹ WELLAS, Ob.cit., pp.146-155

¹²⁰ GARRIDO FALLA, Tratado...vol.I, cit., p.470; MARTIN MATEO, La cláusula...cit., p.95 (Aunque no me parece correcta la afirmación de este autor de que estamos ante relaciones especiales de sujeción; el concepto propio de relación especial es el explicado por GALLEGU ANABITARTE en Las relaciones...cit., pp. 11 y ss. y en La acción...cit., pp.235-236). Vid. una exposición general sobre la teoría de los "derechos debilitados" en SALA, Ob.cit., p.251.

¹²¹ GARRIDO FALLA, Tratado...vol.II, cit., p.232; el mismo resultado en DE ASÍS, Ob.cit., p.144; en Derecho alemán: WELLAS, Ob.cit., pp.146-155; este criterio también ha sido asumido por el Tribunal Federal Civil Alemán: BGH DöV 1970, p.421 (El BGH es competente para el control de las indemnizaciones por expropiación según el art.40.II VwGO).

indemnizatoria frente a la Administración"¹²². A esta explicación se puede oponer su falta de rigor conceptual, pues los derechos, o son adquiridos o no son derechos¹²³.

1.3. Complementando la teoría de los derechos debilitados, se puede apuntar que la cláusula de revocación es la concreción en un acto administrativo de la función social (Sozialpflichtigkeit) de la propiedad. El derecho patrimonial que un acto administrativo otorga está internamente delimitado por las exigencias del interés público, que se plasman en una cláusula de revocación¹²⁴. Y téngase en cuenta que la delimitación constitucionalmente legítima de la propiedad no exige indemnización (art.33.1 CE). Esta explicación, que juzgo muy acertada, deja sin embargo sin explicar los supuestos en la reserva de revocación no está prevista en la ley. Pues sólo de acuerdo con la Ley (art.33.1 CE) puede quedar delimitado el derecho de propiedad.

2. Para el caso en que el acto crea una situación de confianza legítima.

La inclusión de una reserva de revocación advierte al particular que la situación jurídica que define es inestable, que puede cesar; esta advertencia destruye la confianza del particular y entonces los actos de disposición sobre su patrimonio son a propio riesgo, ya no indemnizables por la

¹²² SALA, Ob.cit., p.273; en el mismo sentido: WEBER-DÜRLER, Ob.cit., pp.61 y 63

¹²³ Así lo reconoce el propio SALA, Ob.cit., p.235, siguiendo a DUGUIT.

¹²⁴ MENDER/ERICHSEN, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwA 61 (1970) p.389

Administración¹²⁵. Cuando el particular se halla en situación de confianza legítima no le es exigible que soporte el perjuicio causado por la revocación; existe entonces un derecho al resarcimiento del daño causado. Pero si el particular no se encuentra en situación de confianza legítima ya si le es exigible que soporte los daños que la revocación crea en su patrimonio; ese es el efecto propio de la reserva de revocación, quebrar la situación de confianza y con ello el derecho a no soportar los daños. No se trata de que el particular haya "aceptado" la posible revocación, incluso tácitamente¹²⁶. Pues la eliminación de la indemnización no es una autorregulación de intereses entre Administración y particular, sino un supuesto objetivo de debilitamiento de la protección de la situación jurídica del particular, al margen de la voluntad de éste.

Esta explicación de la quiebra de la confianza legítima del destinatario encaja en la institución de la responsabilidad administrativa (art.106.2 CE). En el sistema español de responsabilidad administrativa (objetiva y directa) la cuestión central es la relación de causalidad entre actuación administrativa y daño. Y se afirma que no se rompe el nexo causal por el mero hecho de concurrencia de culpa del dañado. Esta participación supone, simplemente, una reducción del monto indemnizatorio¹²⁷. Una formulación similar se puede hacer para la revocación en virtud de reserva. Cuando el receptor del acto conoce la posible revocación es partícipe en la creación de los futuros daños. Y en esa medida ha de reducirse también la indemnización

¹²⁵ SCHACHEL, Ob.cit., p.40; WELLAS, Ob.cit., pp.125 y 146; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.410; SCHNEIDER, Ob.cit., p.29; KOPP, VwVfG, cit., p.114; WEBER-DÜRLER, Ob.cit., pp.81-82

¹²⁶ Esa es la opinión de GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.429 y también STS 19 enero 1967

¹²⁷ GARCÍA DE ENTERRIA/FERNÁNDEZ, Curso...II, cit., p.359

revocatoria.

Pero la explicación de la quiebra de la confianza legítima plantea algunas objeciones:

i) Dificultad para valorar cuándo efectivamente se ha quebrado la confianza. En ello hay que optar por una postura objetiva (cuando la reserva es en general suficiente para avisar de la no permanencia del acto), pues el criterio subjetivo (cuando el particular concreto conoce la debilidad del acto administrativo) llevaría a una prueba diabólica de la cognición del particular.

ii) Posibilidad de graduación de la eliminación de la confianza. Si la confianza es graduable, también la elusión de la indemnización es modulable¹²⁸. Según KOPP, la confianza es requisito previo, pero no medida de la indemnización¹²⁹. Me parece una solución más proporcionada el que el nivel de confianza legítima sea también medida de la cantidad indemnizatoria¹³⁰. El problema está entonces en formular una escala de niveles de confianza-indemnización. Para solucionar esta cuestión propongo algunos criterios objetivos mínimos:

-Una reserva de revocación que no incluye circunstancias revocatorias concretas no puede ser tomada en

¹²⁸ Se puede afirmar, incluso, que la situación de confianza no se puede eludir por entero con la reserva de revocación; todo acto administrativo crea un mínimo de confianza (WEBER-DÜRLER, Ob.cit., pp.81-82)

¹²⁹ KOPP, VwVfG, cit., p.842

¹³⁰ Este criterio, en MAURER, Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, en "Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50-Jährigen Bestehen des Richard Booberg Verlags", 1977, p.245; KNACK, Ob.cit., art. 49, párr.7.3

serio por su destinatario¹³¹. Tal reserva no es capaz de encauzar la actividad económica del destinatario sopesando riesgos concretos de revocación. Ante una reserva de revocación genérica o en blanco el particular o bien asume la absoluta aleatoriedad de su situación (y entonces el acto administrativo no cumple función alguna), o bien desenvuelve una actividad normal, no concediendo a la reserva de revocación más importancia que el riesgo alejado o remoto de que por razones de interés público la Administración revoque el acto. Se puede admitir para las reservas de revocación en blanco la idea de un contenido tácito, que ha de ser objeto de interpretación (situación en el momento de dictarse el acto, contexto...). Estas circunstancias revocatorias tácitas si son capaces de quebrar -parcialmente- la situación de confianza.

-La cláusula de revocación con circunstancias concretas tiene un doble efecto: quiebra la situación de confianza respecto de esas circunstancias determinadas (el particular se encuentra verdaderamente avisado de los riesgos de revocación), pero al tiempo consolida la situación de confianza respecto de cualquier otra circunstancia, y por ello en todos estos demás supuestos será precisa indemnización.

¹³¹ En contra EICHBERGER, Ob.cit., p.107, quien sostiene que precisamente lo típico de la reserva de revocación es crear una situación de inestabilidad genérica, pues para crear una situación de pendencia referida a situaciones concretas la Administración ha de utilizar otro tipo de cláusula, la condición resolutoria. A esta afirmación se puede contestar, al menos en Derecho español, que la distinción esencial entre ambos tipos de cláusulas no es la concreción de los supuestos revocatorios o resolutorios, sino que la reserva de revocación faculta a la Administración a revocar, mientras que la segunda obliga (salvo supuestos excepcionales) a la declaración de caducidad.

IV. Clases de reservas de revocación.

Sistematizando lo expuesto, y con la ayuda de la clasificación de WELLAS, se puede pergeñar el siguiente esquema:

A) Reservas de revocación "iuris" frente a reservas de revocación accesorias¹³². Las reservas "iuris" no son otra cosa que la regulación legal de la revocación, formulada como cláusula recordatoria en el acto. La reserva accesorial crea un nuevo supuesto revocatorio o concreta las circunstancias en que la Administración en el futuro podrá revocar un acto, en el marco de los supuestos revocatorios de la ley¹³³.

B) Reservas parciales frente a reservas totales¹³⁴. Al igual que es posible la revocación sólo parcial (expresamente

¹³² GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.352

¹³³ A mi juicio, a esta clasificación se puede reconducir otras formuladas en la doctrina alemana. Así:

- WELLAS (Ob.cit., pp.130-133) distingue entre reservas declarativas frente a reservas auténticas (o constitutivas). La reserva declarativa no hace sino repetir en el acto administrativo concreto la regulación sobre revocación que establece la ley con carácter general. La reserva constitutiva crea o concreta un nuevo supuesto revocatorio, no es la mera repetición de las normas de revocación en el acto singular, sino la referencia a situaciones revocatorias concretas.

- MEYER/BORGS (Ob.cit., p.129) distinguen entre reservas mediatas e inmediatas: las mediatas no son sino supuestos de revocación ya previstos por la ley; la inmediatas son reservas de revocación impuestas por la Administración, en el margen que le autorice la ley.

Estas clasificaciones son acordes con el tenor del art. 49 II VwVfG : "(un acto administrativo puede ser revocado)...cuando la revocación está permitida por una norma o reservada en el acto administrativo". Y en ambos casos, la revocación tiene lugar sin indemnización (art.49 V VwVfG).

¹³⁴ WELLAS, Ob.cit., p.30

mencionada en la Ley de procedimiento administrativo alemana:art.49 II VwVfG), es admisible una cláusula de revocación sólo referida a parte de los efectos o contenido del acto administrativo. En este estudio se va a tratar la reserva parcial de forma diferenciada, como reserva de modificación¹³⁵, si bien su régimen jurídico básico sigue siendo el de la reserva de revocación.

C) Reserva de libre revocación (Vorbehalt eines freien Widerrufs) frente a reserva de revocación limitada (Vorbehalt eines beschränkten Widerrufs)¹³⁶. En el primer caso la reserva no menciona ninguna situación concreta, ningún supuesto de hecho determinado, al que corresponda la consecuencia jurídica de la revocación. En el caso de la reserva de revocación limitada la Administración sólo puede revocar (no se olvide, sin indemnizar) cuando concurren circunstancias determinadas. En relación con la reserva de revocación limitada hay que plantearse sus consecuencias sobre el régimen general de la revocación: ¿La fijación de un supuesto revocatorio concreto y preciso impide ya a la Administración revocar según las reglas generales?¹³⁷. No se

¹³⁵ Este criterio sistemático en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.342

¹³⁶ WELLAS, Ob.cit., p.31

¹³⁷ KOPP, VwVfG, cit., p.873, plantea el tema, pero no le da respuesta. Niegan esta posibilidad, pero sin argumentos: WELLAS, Ob.cit., p.123; VON MÜNCH, Ob.cit., p.123. EICHBERGER acepta la posibilidad de que la Administración se "autovincule" en su poder revocatorio mediante la mención de circunstancias de hecho concretas, fuera de las cuales la Administración no podría revocar ni siquiera de acuerdo con las reglas generales. El problema que se plantea se puede ilustrar con varios ejemplos de la praxis administrativa española: el art.115.2 f) RDPH dispone que las concesiones de aguas son precarias durante el tiempo de estiaje; en aplicación de este artículo, la Confederación Hidrográfica del Tajo suele incluir una cláusula que precisa que la concesión es precaria entre el 1 de julio y el 30 de septiembre, ¿La concesión es precaria fuera de esas fechas?

puede afirmar que la Administración esté facultada para autodesposeerse de poderes de revocación (art.12 LRJAP: la competencia es irrenunciable). La fijación de un supuesto revocatorio concreto por medio de una reserva no impide la aplicación de las reglas generales de la revocación: las facultades otorgadas por ley no son renunciables en un acto administrativo. La consecuencia de la fijación de un supuesto revocatorio concreto se mueve en el ámbito de la protección de la confianza del particular. Se puede afirmar que la concreción de una circunstancia revocatoria tiene un doble efecto: 1.Disminuye, para el caso concreto, la confianza legítima del interesado en la permanencia del acto. 2. Aumenta la confianza legítima en todos los demás supuestos. Por ello, cuando la Administración fija una concreta cláusula de revocación no puede (legalidad) renunciar al ejercicio de una revocación según las reglas generales; pero esta revocación general se encuentra en frente una situación de confianza legítima reforzada, lo que o bien va a impedir la revocación misma, o bien va a aumentar el monto indemnizatorio.

En otro caso, la Confederación Hidrográfica del Tajo impone la siguiente cláusula: "esta autorización se concede a título de precario y quedará caducada en cuanto se realicen las obras proyectadas por el Estado para la puesta en riego de la Sagra-Torrijos, no teniendo derecho a indemnización de ningún tipo por motivo de la revocación de esta concesión, ni tampoco por la transformación de regadío llevada a cabo en la finca", ¿Puede la Administración revocar por otras razones objetivas además de las expresamente incluidas en esta cláusula?

CAPITULO 8:
OTRAS RESERVAS¹

I. Reserva de modificación.

La reserva de modificación es en sí un "minus" respecto de la reserva de revocación. Es una reserva de revocación parcial². Su función es también reducir la confianza del particular en la intangibilidad del acto. En general, las características y efectos de la reserva de modificación hay que entenderlos en relación con la cláusula de revocación. La reserva de modificación, como la reserva de revocación, va perdiendo importancia como cláusula propia a medida que las leyes van otorgando a la Administración un poder de modificar el contenido de sus actos, con o sin indemnización³.

La reserva de modificación puede estar referida a distintos elementos del acto:

a) Reserva de modificación de contenido básico del acto o de cláusulas esenciales. En Derecho español se acepta que la reserva se haga en relación con cualquier cláusula del acto. Puede afectar a un término, a una condición o a otra cláusula de determinación de contenido⁴.

¹ Vid. sobre su admisibilidad, infra Cap.13 III B) y C)

² KOPP, VwVfG, cit., art.36, párr.5; en términos similares, SCHACHEL, Ob.cit., p.46; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.346.

³ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.345. Cfr.arts: 16 RSCL; 63 LC; 77 LA; 81.8 LGP

⁴ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.345.

Son cláusulas de modificación de contenido las reservas incluidas en las licencias para instalación de líneas de

b) Reserva de modificación de modos. Esta es la única reserva de modificación que prevé el art. 36 II 5 VwVfG. Y su explicación no es sencilla. Según STELKENS la reserva de modificación modal sería independiente del acto, al igual que el modo es un acto independiente⁵. No comparto esta opinión. La reserva de revocación de modo forma un todo con el resto del acto. La situación que determina el acto (por de pronto, la confianza del particular en su permanencia) no es fraccionable. Es irreal la afirmación de que el acto con reserva de inclusión de modos crea dos situaciones jurídicas: una estable, la principal; y una modificable, la que hace referencia a la futura imposición de una carga⁶.

II. Reserva de decisión.

Tanto la reserva de revocación como la de modificación prevén una futura actuación de la Administración sobre un acto completo ya dictado. En cambio, la reserva de decisión prevé una futura decisión administrativa sobre algo que la Administración ahora no resuelve⁷. En el momento del otorgamiento la Administración sólo ha podido comprobar la

tendido eléctrico, que prevén un futuro cambio en la ubicación de dichas instalaciones.

⁵ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.36, párr.22; en el mismo sentido: ULE/LAUBINGER, Ob.cit., p.249; SELLNER, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, München, 1978, párr.239.

⁶ La tesis que critico, en STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.36, párr.22; en contra, menos formalista, KLOEPFER, Der Auflagenvorbehalt bei Verwaltungsakten, en "Die Verwaltung" 8 (1975), p.308: si el incumplimiento de un modo puede determinar la revocación de la totalidad del acto, no se puede afirmar que ese modo, ni la reserva de su futura inclusión, sean independientes.

⁷ LUCIFREDI, Ob.cit., p.92

conurrencia de una parte de los requisitos que exige la ley para dictar el acto. La comprobación total de las circunstancias de hecho puede llevar mucho tiempo; sería entonces desproporcionado paralizar toda resolución hasta la comprobación de todos los datos. O denegar la solicitud por desconocimiento de todos los detalles fácticos⁸. Cabe entonces una resolución con reserva de posterior decisión complementaria. Esta segunda decisión ha de respetar lo ya resuelto en el primer acto, carece de fuerza revocatoria⁹. El supuesto tiene dos peculiaridades: 1) Se cumplen totalmente los requisitos para dictar una parte del acto¹⁰; 2) El desconocimiento del resto de la situación de hecho es de tal intensidad que no procede el otorgamiento con modo, condición o reserva de revocación¹¹. No se puede encuadrar en el concepto de reserva de decisión la conocida cláusula sin perjuicio de tercero. Pues en este caso no se prevé una decisión complementaria posterior; la Administración pretende, simplemente, mantenerse neutral¹² entre destinatario del acto y tercero: la Administración no se reserva la decisión, sino que no resuelve.

La verdadera reserva de decisión presenta dos formas:

a) Reserva de ulterior decisión de una parte material de lo solicitado. Así cuando se solicita licencia de apertura para una gran instalación fabril y la Administración ahora

⁸ KOPP, VwVfG, cit., art.74, párr.53

⁹ KOPP, VwVfG, cit., art.74, párr.52

¹⁰ KÜGEL, Der Planfeststellungsbeschuß und seine Anfechtbarkeit, Berlin, 1985, p.194, en relación con el "Planfeststellungsbeschuß"

¹¹ La Administración no resuelve condicionando. Decide no resolver (SCHIMMELPFENNIG, Ob.cit., p.102)

¹² GUAITA, Derecho...cit., p.72, nota 5

sólo autoriza una parte, reservándose la decisión sobre el resto para un momento posterior. Esta reserva de decisión permite agilizar el procedimiento autorizatorio, en beneficio del solicitante de licencia.

b) Reserva de posterior reconocimiento de efectos del acto. También como en el caso anterior, la Administración autoriza ahora el disfrute de parte de los efectos del acto; pero se reserva otros para un momento posterior. Por ejemplo, licencia de apertura, pero aún con un restringido horario de apertura¹³.

En Derecho administrativo alemán, la reserva de decisión ha dado lugar a un tipo distinto de acto: la resolución administrativa parcial (Teilverwaltungsakt) que recoge el art. 8 BImSchG. La Administración puede (facultad discrecional) otorgar una autorización de apertura, aun desconociendo parte de la situación de hecho, cuando: 1) Se conocen todos los datos en relación con una parte del proyecto; 2) Se conocen provisional o aproximadamente los datos en relación con todo el proyecto. Entonces, una parte de la instalación queda ya totalmente autorizada; lo demás precisa de una segunda autorización¹⁴.

¹³ En el "Planfeststellungsbeschuß" se plantea esta reserva para reducir parte de los efectos concentrados de la resolución (efecto autorizatorio que sustituye a otros actos: vid. infra Cap.20 V C) b) bb).): KOPP, VwVfG, cit., art.74, párr.52

¹⁴ SELLNER, Ob.cit., párr.251

CAPITULO 9:
DISTINCIÓN DE CLÁUSULAS ACCESORIAS.

Las leyes suelen referirse a "condiciones" para designar cualquier tipo de cláusula accesoria¹. También la jurisprudencia acusa esta vaguedad terminológica. A veces se mezclan los nombres: condición de precario. Debido a esta falta de precisión generalizada el "nomen" de una cláusula en el acto es sólo un indicio, no criterio determinante para la distinción².

Los problemas de distinción tienen su origen en Derecho civil, donde las cláusulas accesorias siguen siendo una cuestión abierta. Sobre esta base teórica endeble el Derecho Administrativo ha aportado nuevos problemas de delimitación conceptual: la reserva de revocación y las "delimitaciones de contenido".

Como primer criterio de distinción se puede proponer la clasificación de las cláusulas accesorias en determinaciones temporales (Zeitbestimmungen) y cláusulas rectoras (Verhaltenssteuernde Nebenbestimmungen)³.

I. Determinaciones temporales.

A este grupo pertenecen el término, la reserva de revocación

¹ ENTRENA, Las licencias...cit., p.661

² Para el Derecho alemán, donde también se da una confusión generalizada entre los distintos tipos de cláusulas: SCHACHEL, Ob.cit., p.76

³ SCHACHEL, Ob.cit., pp. 77 y 79

y la condición. Entre estas cláusulas se pueden establecer diferencias:

A) Distinción término final-condición.

En el término, la extinción de la eficacia del acto está fijada con precisión. En cambio, la condición (casual o potestativa) crea incertidumbre sobre cuándo empezarán o finalizarán los efectos del acto administrativo⁴. No siempre que el momento de extinción se determina por la llegada de un hecho futuro estamos ante condición. Cuando la concurrencia de ese hecho es segura se trata de un término⁵. El plazo de caducidad es una condición resolutoria (potestativa), no término: no se fija una fecha de extinción cierta, sino un comportamiento del que se hace depender la eficacia del acto⁶

B) Distinción término final-reserva de revocación.

KORMANN calificó la reserva de revocación como una tipo de término final⁷. Y es cierto que en algunos casos ambas figuras se acercan; es el supuesto de cuando la reserva de revocación hace referencia a un hecho que con seguridad ha de ocurrir. Pero en todo caso siempre hay un elemento de distinción: el término (final) actúa extintivamente "ipso

⁴ FRANßEN, Ob.cit., p.14

⁵ Claro que en algunos casos puede haber duda sobre el grado de certidumbre en la llegada del hecho futuro. En este caso se puede utilizar un criterio de Derecho civil: un hecho que ha de acontecer en un momento lejano es condición, un hecho cercano es término: M.WOLF, Ob.cit., p.1248.

⁶ Para la licencia urbanística: DE JESÚS/LONGAS, Ob.cit., p.121. Vid. supra Cap.4 III.

⁷ KORMANN, Ob.cit., p.148

iure", mientras que la reserva de revocación necesita aún de un nuevo acto administrativo, la revocación⁸. Y este segundo acto es siempre una decisión discrecional de la Administración, para el caso en que tenga lugar un determinado hecho.

C) Distinción reserva de revocación-condición resolutoria.

En la doctrina alemana se afirma frecuentemente que la reserva de revocación es un tipo de condición resolutoria: la extinción del acto depende del hecho futuro e incierto de que la Administración revoque⁹. Para poder distinguir estas cláusulas se hace hincapié en que la revocación es más que un hecho futuro, es una decisión¹⁰.

La distinción es especialmente difícil en Derecho administrativo español. Porque la condición resolutoria no tiene efectos extintivos automáticos, sino previa declaración de caducidad (vid. supra Cap.4 VI C) a) bb).). Es necesario un segundo acto (la declaración de caducidad) para que la condición resolutoria surta efectos. En ello se asemeja a la reserva de revocación, donde también es necesario un segundo acto administrativo, la revocación. Pero hay motivos para mantener la identidad de la reserva de revocación: en el caso de la condición resolutoria, la norma ordena que comprobado el hecho condicionante se declare la caducidad; no hay margen de decisión administrativa (discrecionalidad) o si lo hay está muy vinculado (sólo se podrá evitar la declaración de caducidad en supuestos excepcionales o por exigencias

⁸ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.249; SCHACHEL, Ob.cit., p.78

⁹ IPSEN, Ob.cit., p.148; VON MANGOLDT, Ob.cit., pp.118-119; VON MÜNCH, Ob.cit., p.57

¹⁰ FRANßEN, Ob.cit., pp.15-16

ponderadas de principios constitucionales: igualdad, seguridad jurídica, garantía patrimonial: vid. supra Cap.4 VI D) b).). En cambio, en el caso de la revocación, la norma no ordena la revocación, sino que crea una facultad discrecional para la Administración. En suma, la caducidad es una decisión de la norma, la revocación es decisión de la Administración. Esta distinción puede explicar una diferencia de tratamiento procesal: la reserva de revocación se fiscaliza en el momento de la revocación (vid. jurisprudencia supra Cap.13 III A) b) aa).), porque es entonces donde está la verdadera decisión extintiva. En cambio, la inclusión de una condición resolutoria se ha de impugnar en el momento de dictarse el acto¹¹, pues es entonces cuando se decide sobre la futura extinción del acto, ya que la posterior declaración de caducidad contiene un margen decisorio muy limitado.

II. Cláusulas rectoras.

Mediante estas cláusulas la Administración pretende dirigir la actividad del beneficiado por un acto administrativo. A este grupo pertenecen las condiciones (potestativas) y los modos.

A) Origen civil en la distinción entre condición y modo.

La distinción entre condición y modo es tarea inacabada del Derecho civil. En las Leyes de Partidas se acierta a distinguir ambas cláusulas¹². Según ESCRICHE, en 1838, "El

¹¹ STS 28 diciembre 1981 (Az.5457)

¹² Part. 4.4.2; 5.4.6; Part.6.9.21: Condiciones e razones, e maneras ciertas ponen los omes quando fazen sus mandas, e las condiciones se fazen por esta palabra si, como quando dize el que faze la manda mando a fulano tal cosa, si me fiziere tal cosa...E si se cumple, o es cumplida, vale la manda sobre que

modo no es suspensivo como la condición"¹³. Esta es la misma distinción que hará después SAVIGNY, en 1840, y que se ha elevado a clásica: "la condición...suspende, pero no obliga, el modo obliga, pero no suspende"¹⁴.

En los antecedentes del nuestro Código civil, GARCÍA GOYENA sentaba el siguiente criterio de diferenciación: el

es puesta, e puede luego pedir la cosa mandada aquel a quiê la mandaron, mas antes que se cûpla la condicion, no la puede, nin deue demâdar...E alas vegadas fazen las mandas de otra guisa, aque llaman en latin modo, que quier tanto dezir como manera. E esto es como quando dize el testador, mando a fulana muger mil marauedis por que case con tal ome. E la manda que es fecha en esta manera, o en otra semejante della, vale, e deue ser luego entregado, della aquel aquien es fecha, dando recabdo que se trabajara de cumplir lo que el testador le mando, e gana el señorío dela cosa que le es assi mandada, luego que cumpliere lo que le manda fazer el testador. E esso mismo seria quando se trabajare quanto puediere, aquel aquien era fecha la manda, para cumplir lo que manda el testador, maquer no se cumpliesse.

¹³ ESCRICHE, voz "modo", en Diccionario..., T.III, cit., p.181,

¹⁴ VON SAVIGNY, System... T.III., cit., p.231. Sólo se menciona la condición suspensiva. La omisión de la condición resolutoria se explica porque en Derecho Romano clásico sólo se conocía la condición suspensiva; lo que hoy conocemos como condición resolutoria era en realidad otro pacto complementario, por el cual las partes se obligaban a devolverse prestaciones; los efectos de este pacto de devolución quedaban suspendidos en el tiempo (ALVAREZ SUAREZ, Ob.cit., p.29). Hasta muy entrada la Pandectística (desde luego, no con SAVIGNY) no se admitirá la figura de la condición resolutoria (MONTES, Ob.cit., p.1042). Pero esta explicación no es aceptable, cronológicamente, para Derecho español. Ciertamente es que SAVIGNY comienza con su System en 1835 y publica su tercer tomo en 1840 (Según KLEINHEYER/SCHRÖDER, Ob.cit., p.240), pero para entonces ESCRICHE ya estaba en la segunda edición de su Diccionario (1938), y en él se contiene la voz "Condición resolutoria", con el contenido que hoy conocemos (Tomo I, p.738). Al reflexionar sobre este dato me doy cuenta de que soy víctima, y también cómplice, de una terrible falta de conciencia histórica en el Derecho español.

modo se indica con el "para", la condición con el "si"¹⁵. Lo cierto es que el Código civil español apenas si trata propiamente la figura del modo. Y en varios preceptos confunde condición y modo (así: arts. 647, 651 y 798 C.c). Tampoco está totalmente clara la distinción entre condición y modo en el BGB alemán. El art.158 BGB dispone que la condición afecta a la eficacia del negocio jurídico; pero también establece el art. 527 BGB, al regular la donación modal, que el donante puede reclamar la devolución de la donación, cuando esta debía aplicarse precisamente al cumplimiento de la carga¹⁶

B) Criterios de diferenciación en el acto administrativo.

Con el bagaje del Derecho Civil hay que intentar distinguir la condición del modo en el acto administrativo. Aquí la distinción cobra mayor dificultad, por las siguientes razones:

1. La práctica administrativa y las leyes (en menor medida la jurisprudencia) confunden sistemáticamente la condición con el modo. Frecuentemente se agrupan condiciones y modos bajo el epígrafe general "condiciones" (P.ej: arts. 108.3; 115.1; 116; 125.2 y 4; 136.4; 180.2; 183.1; 187 g) RDPH.)

2. La evolución del interés público se plasma en la identificación de las cláusulas accesorias. Por ejemplo, el creciente interés público en la preservación del medio

¹⁵ GARCÍA GOYENA, Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, T.II, Madrid, 1852, p.148

¹⁶ Pese a lo cual, en la doctrina se afirma (M.WOLF, Ob.cit., p.1221) que el modo puede ser exigido imperativamente, pero su incumplimiento no afecta a la eficacia del negocio.

ambiente lleva a calificar como condiciones lo que antes se entendía como modos¹⁷.

Aquí voy a intentar la distinción desde una caracterización interna de la condición y el modo. Esto es, fundamentalmente, a partir de sus efectos¹⁸. Así tenemos los siguientes criterios de diferenciación:

a) La condición suspensiva (potestativa) paraliza la eficacia del acto. En cambio, el modo obliga a una actuación, pero el acto es plenamente eficaz desde que se notifica¹⁹.

b) La condición (potestativa) no puede ser ejecutada forzosamente, el modo sí. La condición no es propiamente una obligación, y por ello no es susceptible de ejecución

¹⁷ RUMPEL, Abschied von der "modifizierende Auflage" im Umweltverwaltungs- und Umweltstrafrecht, NVwZ 1988, p.504. El autor comenta la Sentencia BayObLG NVwZ 1987, p.1022 en la que el cumplimiento de una cláusula de una autorización (de instalación de eliminación de basuras) se considera tan esencial que su incumplimiento es como actuar sin dicha autorización, tipo delictivo del art.327 II 2 StGB. La cuestión es trascendental: el incumplimiento de lo que la autorización llamaba modo (Auflage) se califica como delito.

Significativamente, los arts.10.4 y 29.2 R.D. 833/1988 regulan las cláusulas de las autorizaciones de producción y gestión de residuos tóxicos como condiciones (a la par suspensivas y resolutorias).

¹⁸ Este es el método de DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, Gefahrenabwehr, 9.Ed. Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, p.465. SCHACHEL, Ob.cit., p.76) critica este planteamiento porque, dice, invierte el orden en la aplicación del Derecho, pues los efectos vienen determinados por la calificación de una cláusula como condición o modo, no al revés.

¹⁹ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.343; MAURER, Allgemeines...cit., Cap.12, párr.11

forzosa, a diferencia del modo²⁰

c) El incumplimiento de una condición resolutoria (potestativa) determina la declaración de caducidad del acto, con efectos "ex tunc" (vid. supra Cap.4 VI E) b) bb).). En cambio, el incumplimiento de un modo provoca la ejecución forzosa de la obligación que contiene, y subsidiariamente la revocación, con efectos "ex nunc" (Vid. supra Cap.5 II A), B) y C).)

d) Al ser la condición (potestativa) una cláusula esencial del acto, su incumplimiento es tanto como actuar sin previo acto administrativo; la actividad del particular es absolutamente ilegal. En cambio, el incumplimiento de un modo es una actuación relativamente ilegal, sólo en la medida en que se incumple esa cláusula²¹.

e) En la doctrina alemana, consecuente con la doctrina de la naturaleza independiente del modo, también se sostiene que el modo es impugnable separadamente, a diferencia de la condición (vid. infra Cap.21 III A).). En nuestro Derecho este criterio no se puede admitir. Sólo es posible la impugnación del acto como un todo, aunque deduciéndose pretensión de anulación de una cláusula independiente.

Con estos criterios se puede saber qué es un modo o una condición. Pero falta por determinar cuándo no hallamos ante una u otra cláusula, en el caso concreto. Para ello se pueden seguir varios criterios objetivos de interpretación:

²⁰ WOLF/BACHOF, Ob.cit., p.409; MAURER, Allgemeines...cit., Cap.12, párr.12; BVerwGE 36,145 (modo de reversión en autorización de aguas)

²¹ WEYREUTHER, Ob.cit. p.297. Aunque esta distinción se explica, en la doctrina alemana, afirmando que la condición es parte integrante del acto administrativo, mientras que el modo es sólo un añadido.

1) Las cláusulas en licencias regladas son normalmente modos, mientras que en los actos discrecionales es más fácil que haya condiciones²².

2) Hay condición cuando sin dicha cláusula la Administración no habría podido dictar el acto administrativo²³.

3) Hay condición cuando el comportamiento exigido al particular está estrechamente conectado con el contenido principal o básico del acto. Cuando la vinculación entre cláusula y contenido principal es menor estamos ante un modo²⁴.

4) Estamos ante una condición cuando el comportamiento exigido al particular está directamente referido al fin primario de la norma que regula el acto. En cambio, la carga modal está relacionada con fines secundarios (o de otras

²² Este era el criterio del ProVG, criticado por VON MANGOLDT, Ob.cit., p.113; MAURER, (Allgemeines...cit., Cap.12, párr.13, p.279) utiliza este criterio no tanto para distinguir la condición del modo como para determinar cuándo una cláusula accesoria es susceptible de impugnación independiente.

²³ WEYREUTHER, Ob.cit., p.235, nota 30 (aunque algo confuso); FORSTHOFF propuso como criterio interpretativo cuál era la voluntad de la Administración, esto es, si la Administración había querido con especial intensidad un determinado comportamiento del receptor del acto (Ob.cit., p.215); este criterio también está en MAURER (Allgemeines...cit., Cap.12, párr.17), en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.344 y en RÜPING, Ob.cit. p.152. En mi opinión, no es la voluntad de la Administración lo que hay que interpretar, sino la voluntad de la norma; por ello digo que hay condición cuando la norma no "quería" que hubiera un acto administrativo favorable sin un determinado comportamiento de su receptor (en este sentido: ROELLECKE, Gesetzmaßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen, DöV 1968, pp.335 y ss.)

²⁴ EHLERS, Ob.cit., p.376; WEYREUTHER, Ob.cit., p.234.

normas)²⁵.

5) Hay carga modal cuando el comportamiento exigido al particular no sirve para alcanzar el fin tipificado en la norma, sino para evitar o aminorar los daños secundarios que se puedan producir.

6) Hay que interpretar que una cláusula es modal cuando la ley no permite la condición: se presume que la Administración no impone cláusulas ilegales²⁶

7) Se está en presencia de un modo, no de una condición suspensiva, cuando para cumplir el gravamen es necesario disfrutar de los efectos favorables del acto²⁷

8) Y por último, principio de interpretación pro modo, por ser menos gravoso²⁸.

²⁵ Cfr. STS 10 noviembre 1976 (Az.4941)

²⁶ MAURER, Allgemeines...cit., Cap.12, párr.17

²⁷ HÖNIG, Ob.cit., pp. 78-79; SCHACHEL, Ob.cit., p.80

²⁸ Esta es la solución del art.797.1 C.c. para el testamento (Cfr.: DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...IV, cit., p.493; DE CASTRO, en ALBACAR/DE CASTRO, Ob.cit., art.797, p.631). En Derecho administrativo: DIAZ LEMA, Subvenciones y crédito oficial en España, IEF, Madrid, 1985, p.165; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.344; en Derecho alemán, debido al especial rigor de la condición (vid. supra Cap.VI C) a).), el criterio interpretativo pro modo ha llevado a una verdadera "huída al modo" (RUMPEL, Ob.cit., p.504), lo que ocasionalmente encuentra crítica en la doctrina: según DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS (Ob.cit., p.465) el criterio interpretativo pro modo es residual, sólo se debe seguir cuando antes no se ha podido identificar el contenido de la cláusula. En contra del criterio pro modo, WEYREUTHER, Ob.cit. p.234, quien afirma que no está tan claro que el modo sea una medida menos gravosa que la condición, el grado de gravamen habría que analizarlo en el caso concreto (p.237).

SEGUNDA PARTE: ADMISIBILIDAD DE LAS CLAUSULAS ACCESORIAS EN
EL DERECHO PUBLICO.

Hasta aquí he enumerado las posibles cláusulas accesorias de un acto administrativo. Ahora se trata de determinar cuáles de esas cláusulas pueden ser incluidas por la Administración en cada acto administrativo. Como punto de partida hay que separarse ahora de los criterios de admisibilidad elaborados en Derecho civil. Pues el principio dispositivo, propio del Derecho civil, debe quedar desplazado por el principio de tipicidad del acto, propio del Derecho administrativo¹. Pero el estudio de la admisibilidad de las cláusulas accesorias no se agota en la legalidad, ha de extenderse a la constitucionalidad. Hasta el tema más secundario del Derecho administrativo, como puede ser el de las cláusulas accesorias, reclama para sí la atención de todo el Derecho Público².

España es un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). Además, el art. 2 CE garantiza la solidaridad entre todas las regiones y nacionalidades que integran España. Estos principios normativos constitucionales rigen la actividad de todos los poderes públicos (art. 9.1 CE). Y por ello también la inclusión de cláusulas accesorias por un órgano administrativo. El principio del Estado de Derecho se analiza a partir de los subprincipios que lo componen, a saber: legalidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, y sometimiento a los derechos fundamentales³. Los principios de Estado Social y de descentralización-solidaridad aportarán criterios complementarios de admisibilidad de las cláusulas accesorias.

¹ PARADA, Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993, p.225

² Este arranque metodológico, en GALLEGO ANABITARTE, Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, prelección de "Derecho Administrativo, Programa y Guía para su estudio", Universidad Autónoma de Madrid, 1980, p.25

³ MAUNZ, T./ZIPPELIUS, R.: Deutsches Staatsrecht, 28. Ed., München, 1991, pp. 85-97; DEGENHART, Staatsrecht I, 7. Ed., Heidelberg, 1991, pp.93-152.

CAPITULO 10:
PRINCIPIO DE LEGALIDAD

I. Principio de legalidad y acto administrativo.

A) Planteamiento.

El principio de legalidad determina la sumisión de la Administración a las leyes. Este sometimiento se manifiesta en dos tipos de actos de la Administración: resolución para un caso concreto (acto administrativo) y normas jurídicas dictadas por la propia Administración (Reglamento)⁴.

El principio de legalidad se formula a partir de dos elementos: primacía de la ley (La Administración no puede contradecir la ley) y reserva de ley (La Administración no puede actuar sin previa autorización de la ley). La formulación del principio de legalidad en cada sistema jurídico depende de la amplitud que se conceda al principio de reserva de ley. Para la Administración que dicta resoluciones en el caso concreto el principio de legalidad admite dos formulaciones:

a) La Administración, salvo supuestos marginales, no puede dictar actos administrativos sino cuando una Ley del Parlamento, o un Reglamento autorizado expresamente por la ley, así lo permita. Esta es la formulación del Derecho público alemán (arts.20 III y 80 GG), donde se da una amplia concepción del principio de reserva de ley (Vorbehalt des Gesetzes)⁵, que prácticamente llega a la asimilación con el

⁴ Esta distinción entre normas y actos administrativos, para la aplicación del principio de legalidad, en JESCH, Ley y Administración (traducción: M.Heredero), Madrid, 1978, p.199

⁵ Tradicionalmente se formuló el principio de reserva de ley como límite del ejecutivo, que no podía intervenir (Eingreifen) en la libertad y propiedad del individuo sin

principio de legalidad (Gesetzmäßigkeitsgrundsatz)⁶.

b) La Administración no puede dictar un acto administrativo que contradiga lo dispuesto en una Ley o en un Reglamento (sea éste para la ejecución de la ley o independiente). La Administración sólo necesita previa autorización o previsión legal (y no meramente reglamentaria) cuando el acto administrativo afecte a los derechos fundamentales del Tit.I, Cap. 2 CE (Principio de reserva de ley: art. 53.1 CE) o cuando la resolución administrativa afecte a otra materia reservada por la CE a la Ley. Este es el principio de legalidad que enuncia el art. 9.3 CE⁷.

previa autorización (Ermächtigung) de la ley del Parlamento (vid. W.JELLINEK, Verwaltungsrecht, cit., 3.Ed., p.254; y con una visión crítica de este principio en Derecho español: GALLEGO ANABITARTE, Ley y Reglamento..., cit., p.142). El principio de reserva de ley no se afirma al mismo tiempo para actos concretos (de policía) y normas generales; en un primer momento sólo las disposiciones administrativas generales estaban reservadas a la ley. Los actos concretos se sometían a la ley en virtud de la primacía de aquélla, pero no por el principio de reserva. Por tanto, en defecto de ley el Ejecutivo podía dictar actos concretos que afectaran a la libertad y propiedad del individuo (JESCH, Ob.cit., p.200). En la actualidad el principio de reserva de ley se formula, siguiendo la tradición, sobre la cláusula general de libertad (art.2 I GG) y sobre el derecho de propiedad (art.14 GG). Pero a ellos se añade el principio del Estado democrático, que exige que las decisiones importantes para la comunidad sean tomadas por el Parlamento, se trate o no de temas que afectan a la libertad y propiedad de los particulares: "Wesentlichkeitstheorie" (MAURER, Allgemeines...cit., Cap.6, párrafos 9-11, y Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL, 43 (1985), pp.138 y 147)

⁶ FLEINER, Ob.cit. p.131: "Totalvorbehalt". Crítica a una expansión del principio de legalidad en LEISNER, Gesetz...cit., pp.849-857)

⁷ En relación con la articulación Ley-Reglamento: GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit.pp.62-71; y antes de la CE, GALLEGO ANABITARTE, Ley y Reglamento...cit., pp.55 y 66; los mismos resultados en DE OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Barcelona, 1987 ,pp.233-235

B) Principio de legalidad y cláusulas accesorias.

La comprensión del principio de legalidad en cada sistema constitucional determina el poder y límites de la Administración para incluir cláusulas accesorias en la resolución administrativa. De la siguiente manera:

aa) Una comprensión muy amplia y estricta del principio de reserva de ley (más allá de los derechos fundamentales) impide en todo caso la inclusión de cláusulas accesorias que no estén autorizadas por la propia ley. Sería indiferente que la Administración pudiera denegar discrecionalmente el acto solicitado (como una subvención, o una concesión). Pues la autorización a la Administración comprendería la facultad de denegar, pero no la de condicionar o modular.

bb) El principio de reserva de ley, también entendido en forma amplia, puede flexibilizarse en su aplicación. De esta forma, la Administración necesitaría en todo caso -incluso en los actos discrecionales- autorización legal para incluir cláusulas accesorias. Pero esta autorización normativa podría ser la propia Constitución. Así, los principios del Estado de Derecho (sometimiento a los derechos fundamentales, seguridad jurídica, proporcionalidad, justicia en el caso concreto) o del Estado Social, constituirían la autorización a la Administración para incluir cláusulas accesorias.

cc) El principio de reserva de ley limitado (regulación del ejercicio de los derechos fundamentales: art.53.1 CE) impide a la Administración -sin previa Ley- la inclusión de cláusulas accesorias en todos aquéllos actos que se refieren al disfrute de un derecho fundamental. Así, las licencias de apertura (para el ejercicio de la libertad de empresa: art.38 CE) o la licencias de urbanismo (para el ejercicio del derecho de propiedad delimitado por los planes: art.33 CE) serían, en principio, refractarias a las cláusulas accesorias

(aunque en ciertos casos pudieran ser admisibles). En cambio, en los ámbitos no reservados a la ley rige sólo el principio de primacía de la ley, que puede actuar de varias formas. La ley puede formular el acto administrativo como decisión reglada, con o sin derecho del particular a que sea dictado. En este caso el principio de primacía de la ley sería contrario a la inclusión de cláusulas accesorias en el acto, pero no tendría un carácter tan estricto como en el caso de materias reservadas a la Ley. Un segundo supuesto es cuando la Ley regula el acto otorgando discrecionalidad -más o menos vinculada- a la Administración (como en la concesión de dominio público). Estos actos sí serían modulables o condicionables por la Administración. Los límites serían aquí: no incluir cláusulas contra la regulación o fin de la ley y obligación de añadir aquéllas que la ley prescribe.

El esquema expuesto quiere ser coherente con el principio de legalidad en nuestra Constitución. Pero puede quedar desfigurado mediante una ampliación del concepto de derecho fundamental y del ámbito de cobertura de los concretos derechos fundamentales recogidos en nuestra Constitución. En ese caso, toda cláusula accesoria necesitaría una previsión o autorización de la ley⁸.

II. Cláusulas accesorias en el acto reglado.

A) Criterio general contra las cláusulas accesorias.

La relación entre la ley y las cláusulas accesorias parte de la aceptación de un esquema: actos administrativos

⁸ Esta expansión de los derechos fundamentales se da de una forma clara en Derecho alemán. Un ejemplo es la afirmación de que un modo en una subvención tiene "carácter expropiatorio" y por tanto puede afectar al derecho de propiedad (Vid. KRÜGER, Ob.cit., p.452)

reglados frente a actos administrativos discrecionales⁹. La diferencia entre estos dos tipos de actos reside en la estructura de la norma jurídica que les da contenido. En el acto reglado la norma impone un deber a la Administración (dictar un acto, si concurren ciertos requisitos), mientras que en el acto discrecional se otorga una facultad a la Administración de resolver de acuerdo con su criterio de oportunidad¹⁰.

En el acto administrativo reglado es la ley quien determina íntegramente la situación jurídica del particular¹¹; la ley regula directamente la situación jurídica del particular y no ha lugar a determinaciones complementarias de la Administración. Existe por tanto "communis opinio" de que el acto reglado no admite cláusulas accesorias¹². Con especial insistencia se afirma la

⁹ BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.174; CHINCHILLA, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit. p.284

¹⁰ Es doctrina general; por todos: WOLFF/BACHOF, Ob.cit., pp.185-203

¹¹ WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.392: "Los actos administrativos reglados deben ser dictados con el contenido determinado por la ley al darse el supuesto de hecho normativo". En el mismo sentido, BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.178. En la jurisprudencia: STS 5 junio 1981 (Az.2549); STS 29 mayo 1984 (Az.3149): "No sólo es reglado el acto de la concesión, sino también el contenido de las mismas (licencias)". Vid. también, CHINCHILLA, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.280

¹² Es una doctrina reiteradísima en la jurisprudencia; vid. CHINCHILLA, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit. p.284 (nota 174). La STS más reciente: 28 septiembre 1993 (Az.6629). Es una excepción la STS 19 marzo 1991 (Az.2004) que sólo considera inválidas las cláusulas "contra legem".

En la doctrina: FRANSEN, Ob.cit., p.23; SCHACHEL, Ob.cit., p.96; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.610; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.359 (cuadro 41) y p.360 (cuadro 42); DÍAZ LEMA, Subvenciones...cit., p.174; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.173; PARADA, Derecho administrativo I, cit.,

imposibilidad de incluir una cláusula para "reservar" una modificación del acto, en previsión de futuros cambios normativos¹³.

B) Supuestos de admisibilidad.

a) Para asegurar el cumplimiento de los requisitos de la ley.

En la jurisprudencia, salvo casos aislados¹⁴, se acepta tradicionalmente que la Administración puede imponer cláusulas accesorias para hacer posible el otorgamiento de un acto cuando no concurren todos los requisitos necesarios. Si bien a esto se le denomina "conditio iuris"¹⁵. GARCÍA-

p.120; en contra: KORMANN (siguiendo, según él mismo, una opinión común en la doctrina) que afirmaba con carácter general la admisibilidad de las cláusulas accesorias, de lo cual no excluía a los actos reglados (Ob.cit., p.150)

¹³ Así, BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.183

¹⁴ STS 1 diciembre 1962 (Az.4645): "Las licencias de instalaciones industriales son de otorgamiento reglado, porque las disposiciones relativas a las mismas, entre las que destacan en primer lugar las Ordenanzas Municipales, enumeran los supuestos de hecho necesarios para que se otorgue la licencia; y procede en consecuencia, autorizar la instalación si concurren las circunstancias exigidas, pero si esas circunstancias no se dan, tiene el Ayuntamiento que denegar necesariamente la autorización...". Más reciente, STS 17 julio 1985 (Az.4130): "...ante la correspondiente solicitud la Administración tanto tiene la obligación de otorgar aquéllas que sean conformes a las disposiciones vigentes y aplicables, como la de denegar las que no ajusten a dichas normas...salvo que alguna disposición prevea expresamente la licencia provisional..."

¹⁵ SSTs: 12 marzo 1973 (Az.1141); 19 enero 1976 (Az.559); 22 diciembre 1978; 19 junio 1979 (Az.2958); 27 febrero 1981 (Az.694); 5 junio 1981 (Az.2549); 29 mayo 1984 (Az.3149); 9 marzo 1985 (Az.1499); 21 mayo 1985 (Az.4765); 20 septiembre 1985 (Az.4285); 10 mayo 1989 (Az.3864); 2 julio 1991 (Az.5727)

TREVIJANO y GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS también admiten estas cláusulas en actos reglados, sin necesidad de denominarlas "conditio iuris"¹⁶. En la actualidad algunos textos normativos prevén expresamente la facultad administrativa de incluir este tipo de cláusulas: art.60 D.833/1975; art.36 RGPE; art.33.2 LS.

En Derecho alemán, según el art. 36 I VwVfG (que recoge una doctrina anterior ya muy acuñada¹⁷) la Administración puede imponer cláusulas accesorias en un acto reglado cuando se trata de "asegurar que se cumplen los requisitos legales del acto administrativo"¹⁸. Se trata de una norma general aplicable a todos los actos reglados.

En los casos que comentamos, la falta de un requisito legal se suple con un modo, una condición o una reserva. Y si se incumple lo prescrito por estas cláusulas se extingue el acto, con más o menos automatismo. Se da entonces una mutación jurídica: lo que antes era requisito de validez para el otorgamiento del acto se convierte en una exigencia de la que se hace depender ahora la eficacia del acto (ya no su validez). Esta mutación tiene importancia a la hora de la eliminación del acto, por incumplimiento de la cláusula accesoria. Pues se podría defender, por un lado, que al no cumplirse los requisitos de la ley el acto administrativo siempre ha sido ilegal, y por tanto el procedimiento de eliminación de acto será la revisión¹⁹. Pero me parece más

¹⁶ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.168; GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.354

¹⁷ Vid. WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.411

¹⁸ Agudamente señala WELLAS (Ob.cit., p.112) que en este caso ya no estamos ante una cláusula accesoria en un acto reglado. Pues si no concurren los requisitos de la norma ya no hay derecho al otorgamiento, ya no hay acto reglado.

¹⁹ Este parece ser el planteamiento de LÓPEZ PELLICER (Ob.cit., p.93), en relación con la licencia de edificación otorgada con la "condición" de ceder terrenos para viales.

realista ver en la cláusula accesoria, a partir de su imposición, un requisito de eficacia; y por tanto la eliminación del acto, por incumplimiento de la cláusula, sería una revocación.

El sentido de la autorización legal para introducir cláusulas accesorias puede ser triple:

aa) Principio de proporcionalidad.

El otorgamiento con cláusulas accesorias tiende a la máxima efectividad de los derechos que otorga la ley. Así, la falta de alguno de los requisitos legales necesarios para que sea dictado un acto se puede suplir con la imposición de una cláusula accesoria²⁰. En este caso la cláusula beneficia al particular, pues reconoce un derecho anticipadamente, antes de que se cumplan las exigencias de la ley. Por ejemplo, en el caso de licencia para obra de nueva planta destinada a locales de espectáculos: El solicitante de la licencia ha de presentar un proyecto en el queden garantizadas las medidas de seguridad, higiene, comodidad y aislamiento acústico que exige el RGPE. Estos requisitos son una delimitación normativa del derecho de libre empresa (art.38 CE) por razones de seguridad, salubridad y tranquilidad públicas. Si no se cumplen los requisitos legales no se puede ejercer el derecho del art. 38 CE. Pero para este caso de deficiencias en el proyecto del particular dispone el art. 36.4 RGPE que "En caso de insuficiencia de tales medidas (las propuestas por el solicitante), podrán adicionarse en la respectiva licencia las que se estimen necesarias...". Mediante la imposición de estas nuevas cláusulas se permite otorgar lo

²⁰ En contra, STS 5 junio 1981 (Az.2549): "...pues o la licencia solicitada era procedente con arreglo a Derecho y entonces sobraba la condición impugnada, o estaba en contradicción con ella y entonces lo consecuente era su denegación pura y simple"

que si no debería ser denegado²¹. El anclaje conceptual de esta posibilidad de añadir cláusulas accesorias (hoy ya positivada) se encuentra en el principio de proporcionalidad: la denegación de un acto favorable constituye un exceso administrativo cuando es posible asegurar, mediante una cláusula accesorio, que en el futuro concurrirán todas las exigencias legales que hoy faltan²².

Desde luego que esta posibilidad de otorgar condicionadamente no es un derecho del particular²³, aunque así se dice en alguna Sentencia²⁴. El particular sólo tiene

²¹ Lo mismo ocurre con la licencia de apertura y funcionamiento en el RGPE. El art. 44.1 dispone: "Cuando se estime que, en orden a la autorización solicitada, es preciso subsanar o modificar alguna o algunas de las características o elementos estructurales, o de instalaciones o servicios, del local o recinto de que se trate, podrá concederse una licencia provisional para su funcionamiento, en los términos y con las condiciones que se determinen...".

²² ENTRENA, Las licencias...cit. p.661. STS 17 mayo 1993 (Az.3487). En Derecho alemán, para las subvenciones regladas: BLECKMANN, Ob.cit., p.100. En la ley alemana que regula las instalaciones para la eliminación de basuras (Abfallgesetz - AbfG-), queda fijado el principio de preferencia del otorgamiento condicionado frente a la denegación: art 8 III 1 AbfG: " (la licencia para instalaciones de eliminación de basuras puede ser denegada cuando) ...del proyecto presentado son de esperar perjuicios en el bienestar de la colectividad que no pueden ser evitados o compensados mediante modos o condiciones"

²³ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.610. En contra: HÖNIG, Ob.cit., p.203, y en relación con el "Planfeststellungsbeschuß": MÖBLE, Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen im Planungsrecht und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, BayVBl 1982, p.232

²⁴ STS 19 junio 1972 (Az.3535); STS 20 marzo 1990 (Az.2239): "...declarándose el derecho del recurrente a obtener la licencia de apertura, que ha de ser otorgada por la autoridad municipal con el único y exclusivo condicionamiento de la realización del vestíbulo de aislamiento del montacargas con la zona de exposición"; STS 11 mayo 1990 (Az.4063): la Administración debe otorgar una licencia de apertura para

derecho al otorgamiento cuando cumple todos los requisitos de la norma. Ante el incumplimiento de los requisitos de la ley la Administración "debería", por principio, denegar lo solicitado. La facultad de otorgar con cláusulas accesorias es un poder discrecional de la Administración²⁵ ("podrá" dicen los arts 36.4 y 44.1 RGPE) . Aunque discrecionalidad muy vinculada. El principio de proporcionalidad encauza el poder administrativo de otorgar condicionando, cuando estrictamente procedería una denegación²⁶. Algunos criterios concretos serían:

1) El otorgamiento condicionado sólo actúa cuando las exigencias legales que no se cumplen son secundarias; ante la no concurrencia de requisitos esenciales existe una obligación administrativa de denegar²⁷.

granja cunícula "...con la condición de que se cumpla con las medidas correctoras apuntadas por el citado Ingeniero y que son las siguientes (las enumera)"

²⁵ En contra: SSTs 19 enero 1976 (Az.559); 19 junio 1979 (Az.2958)

²⁶ KRÜGER, *Ob.cit.*, p.522; WOLFF/BACHOF, *Ob.cit.*, p.412; STELKENS/BONK/LEONHARDT, *Ob.cit.*, p.611.

Un ejemplo de aplicación del principio de proporcionalidad se da en STS 7 marzo 1989 (Az.1775); en el caso se había otorgado una licencia de apertura con cláusula de precario en un edificio fuera de ordenación. Sólo así era posible cumplir con el art. 60 LS 1976 (actual art.137.2 LS 1992), que prohibía el incremento de valor expropiatorio en edificios fuera de ordenación. Dice el TS: "Se armonizan y compaginan intereses contrapuestos, puesto que, por un lado, se satisfacen los del industrial solicitante de la licencia de que se trata, permitiéndole lo que él considera un medio para la obtención de un mayor negocio, y, por otro, se salvaguardan los intereses del Municipio, garantizándole que en una futura expropiación, si ello se produce, no está expuesto a tener que pagar un mayor valor".

²⁷ STELKENS/BONK/LEONHARDT, *Ob.cit.*, p.612.

Este criterio está claro en STS 13 marzo 1984 (Az.1328): el Ayuntamiento otorga una licencia suspensivamente condicionada a la presentación de un Proyecto Técnico adecuado; no eran meras deficiencias del Proyecto, sino uno

2) Como principio general, las exigencias legales que aun no se cumplen han de estar referidas al futuro (Zukunftsorientiertes Tatbestandmerkmal)²⁸. No es posible autorizar una actividad que inmediatamente va a ocasionar perjuicios, antes de que se pueda cumplir con lo ordenado a través de las cláusulas accesorias.

3) Cuando no concurren exigencias esenciales de la ley procede sólo la condición, pero no el modo²⁹. Y con carácter general ha de ser preferida la condición resolutoria a la suspensiva³⁰. La reserva de revocación es inadecuada para el caso de falta de requisitos legales, pues no asegura el cumplimiento ulterior de esos requisitos, se limita a

nuevo. El Tribunal anula la licencia por contener como condición suspensiva la "falta de un elemento tan sustancial como el Proyecto". En STS 23 enero 1990 (Az.556) el Tribunal considera que la falta de extintores no es suficiente razón para denegar una licencia de apertura, el Ayuntamiento debe condicionar. La STS 12 diciembre 1990 (Az.9950) afirma el "deber de introducir 'condiciones iuris' en el contenido de la licencia para hacer posible su otorgamiento cuando la adaptación del proyecto a la legalidad es fácil (en el caso, altura de una edificación). Más dudoso es lo resuelto en STS 19 enero 1976 (Az.559): el Tribunal acepta como "conditio iuris" las obras de saneamiento para evitar el vertido directo de aguas residuales de una urbanización al río Bidasoa. También es cuestionable la condición que el TS acepta en S.16 noviembre 1992 (Az.9055): licencia de edificación condicionada a la modificación del PGOU, que permita el volumen de edificación que ya ha autorizado la licencia (en el caso, el PGOU se aprobó 3 días después de otorgada la licencia)

²⁸ SCHACHEL, Ob.cit., p.134

²⁹ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.611; ELSTER, Ob.cit., p.211. Una tesis extrema, defendida por HÖNIG (Ob.cit., p.134), EHLERS (Ob.cit., pp.369 y 380) y MUTSCHLER (Nebenbestimmungen zur Atomlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, Köln, 1974, p.69) excluye la posibilidad de incluir modos, por ser una cláusula accesoria demasiado débil para suplir la falta de un requisito de la ley.

³⁰ ELSTER, Ob.cit., p.212

prever la futura revocación del acto³¹.

4) Cuando derechos o intereses legítimos de terceros se ven afectados la Administración debe imponer las cláusulas necesarias para evitar los perjuicios a esos terceros³².

5) Observancia del principio de igualdad, instrumentado a través del precedente administrativo. Exigir el otorgamiento condicionado, al no cumplirse todos los requisitos legales, no es pedir igualdad en la ilegalidad³³. Lo que se solicita es igualdad de trato en el poder administrativo de permitir el cumplimiento "a posteriori" de las exigencias normativas.

6) Sólo se pueden incluir cláusulas accesorias para asegurar el cumplimiento de requisitos que faltan, no para cualquier otro tipo de exigencias³⁴

³¹ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.612

³² MÖRTEL, Gaststättengesetz Kommentar, 3.Ed., München, 1973, art.5, párr.10; SELLNER, Ob.cit., párrafos.235-236 y 241

³³ STS 8 julio 1989 (Az.5592); en contra: STS 21 diciembre 1990 (Az.10414)

³⁴ En el caso de la STS 21 diciembre 1990 (Az.10414) se había solicitado licencia de apertura para tienda de bisutería, pero resultaba que el local no cumplía el mínimo de m2 exigidos por la Ordenanza Municipal. El Ayuntamiento otorgó la licencia provisionalmente y con una carga de intransmisibilidad a terceros. El Tribunal aceptó esta carga para que así pudiera ser otorgado lo que si no debería denegarse. Pero, en mi opinión, esa carga no servía para el cumplimiento de los requisitos de la ley: la cláusula de intransmisibilidad no remueve la causa de denegación, que es la falta de m2.

bb) Superación de dificultades de comprobación.

El art. 89.4 LRJAP dispone que "En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales...". Pero hay casos en que la complejidad de la situación de hecho hace difícil la comprobación de si se cumplen todos los requisitos de la norma. Estas dificultades de comprobación se pueden superar mediante una cláusula accesoria (p.ej: licencia de apertura con reserva de revocación, si se comprueba que las inmisiones contaminantes en una zona -que no se han podido medir en su totalidad- son más altas de lo que se creía). La labor de subsunción de una situación fáctica en el supuesto de hecho de la norma queda incompleta, pero se asegura para el futuro mediante una cláusula accesoria. La sustitución de la comprobación administrativa por la cláusula accesoria tiene límites. De lo contrario, la obligación administrativa de subsumir situaciones de hecho en supuestos de hecho normativos se convertiría en una carga para el particular. Éste quedaría en permanente estado de inseguridad, ante la eventualidad de una futura comprobación administrativa negativa³⁵. La Administración incumpliría el contenido material del deber de resolver (arts.42.1 LRJAP y 89.4 LRJAP). Por tanto, la cláusula accesoria sólo es admisible en situaciones extremas, cuando sea imposible para la Administración la averiguación de las circunstancias de hecho³⁶.

³⁵ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.610

³⁶ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.610

Con este criterio sería inadmisibles la cláusula que se trata en la STS 24 abril 1992 (Az.3933): El Ayuntamiento había otorgado licencia de apertura sin previa comprobación de ningún tipo; en su lugar había "condicionado" la licencia a que el particular cumpliera todas los requisitos de la Ordenanza Municipal. El TS acepta este condicionamiento: "se trataba de compaginar el respeto a los derechos individuales concediendo la autorización sin espera, pero teniendo en

cc) Continuo cumplimiento de los requisitos de la ley.

La cláusula accesoria sirve para asegurar el continuo cumplimiento de los requisitos que se daban cuando el acto administrativo duradero (Dauer-Verwaltungsakt) fue dictado³⁷. En nuestro Derecho este tipo de cláusulas carece de importancia, al menos allí donde la ley permite la revocación del acto por modificación de causas objetivas (vid. estos supuestos supra Cap.7 III A) a.), sin indemnización³⁸.

cuenta que el interés general exige que toda actividad se desarrolle con las debidas garantías y que, en su caso, se posibilite dentro de la legalidad, la revocación de las autorizaciones condicionadas". En mi opinión, la obligación de resolver (art.89.4 LRJAP), que es obligación de la Administración, no se puede trasladar como gravamen al particular, mediante una reserva de revocación.

³⁷ HÖNIG, Ob.cit., pp.141-144; WELLAS, Ob.cit., p.112; WEYREUTHER, Ob.cit., p.237; SCHACHEL, Ob.cit., p.101; OBERMAYER, Kommentar...cit., p.585; ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., p.265; MEYER/BORGS, Ob.cit., art.36, Párr.30

³⁸ Distinto alcance tienen estas cláusulas en Derecho administrativo alemán. Porque la revocación del acto ante modificación de circunstancias objetivas necesita indemnización (art.49 V VwVfG). En cambio, la revocación por incumplimiento de un modo se produce sin indemnización. Es por ello que la inclusión de una cláusula accesoria que obligue al continuo cumplimiento de los requisitos normativos es una forma de eludir la indemnización, para el caso de revocación por cambio de circunstancias objetivas. Contra esta posibilidad se pronuncian STELKENS/BONK/LEONHARDT, quienes consideran que la desaparición de las circunstancias de hecho que motivaron un acto administrativo se debe tratar por las reglas generales de la revocación, no mediante cláusulas accesorias aseguradoras; STELKENS/BONK/LEONHARDT sólo aceptan estas cláusulas cuando sea previsible un cambio inminente de la situación de hecho (Ob.cit., p.611)

b) Cláusulas accesorias autorizadas por la ley.

En ocasiones las normas autorizan (u obligan) a la Administración a imponer cláusulas accesorias³⁹. El art.36.4 RGPE dispone que las medidas de seguridad (...) previstas en el propio Reglamento son un "mínimo". Esto es, la Administración también puede añadir medidas "complementarias" (cfr.art.43.2 RGPE), no impuestas por las normas. También el art.60 D.833/1975, que regula la licencia de apertura para instalaciones contaminantes, permite a la Administración imponer "otros condicionamientos que se juzguen oportunos".

Para Alemania, el art. 36 I VwVfG dispone, con carácter general, que un acto administrativo reglado admite cláusulas accesorias cuando así lo autoriza una norma jurídica. Y en efecto hay actos administrativos supuestamente reglados donde la ley autoriza a la Administración a introducir este tipo de cláusulas⁴⁰.

¿Como se puede explicar este tipo de cláusulas accesorias en un acto reglado? SCHACHEL ofrece varias

³⁹ El TS entendió que el art. 16 RSCL, al mencionar las "condiciones" de la licencia municipal, constituía una autorización para la inclusión de cláusulas accesorias (SSTS 27 febrero 1971, Az.694; 26 septiembre 1984, Az.4877; 17 junio 1985, Az.4130; 10 mayo 1989, Az.3864; 2 febrero 1990, Az.939). Pero, propiamente, el art. 16 RSCL ni se refiere a las verdaderas cláusulas accesorias ni contiene ningún tipo de autorización a la Administración.

⁴⁰ Así ocurre con la autorización de instalaciones nucleares (art. 17 I 2 Atomgesetz -AtomG-), permiso de transportes de mercancías por carretera (art. 13 Güterkraftverkehrsgesetz -GüKG-), permiso para instalaciones de eliminación de basuras (art. 8 I AbfG) o licencia de transportes de viajeros (art. 16 I Personenbeförderungsgesetz -PBefG-).

posibles explicaciones:⁴¹

1) En realidad estas autorizaciones para incluir cláusulas accesorias habrían transformado ya la naturaleza del acto, se trataría más bien de un acto discrecional.

2) Estamos ante una concreción del principio de que hay que condicionar antes que denegar (recogido con carácter general en el art. 36 I VwVfG); las leyes que regulan cada acto estarían simplemente enumerando los tipos de cláusulas que la Administración puede fijar para evitar la denegación por no concurrencia de alguno de los requisitos normativos.

3) Se trataría de un tipo especial de permisos: su otorgamiento es ciertamente reglado, pero en la delimitación de su contenido puede intervenir la Administración.

En mi opinión la explicación de estas cláusulas accesorias pasa por tener en cuenta dos datos:

i) La distinción entre actos reglados y discrecionales es fluida, no rígida⁴². Las cláusulas accesorias son admisibles en una licencia, y para ello no hace falta hablar de discrecionalidad administrativa⁴³. No hay dificultad en afirmar que esas cláusulas accesorias son integración de

⁴¹ SCHACHEL, Ob.cit., pp.99-100

⁴² STS 16 junio 1980 (Az.3195); STS 20 junio 1980 (Az.3323). Vid. FABREGAT MORENO, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., pp.279 y 281.

WOLFF/BACHOF (Ob.cit., p.186) distinguen hasta cinco escalones entre el acto reglado y la Administración de libre configuración, a saber: 1) Administración vinculada por la norma de forma determinada; 2) Administración vinculada con normas de forma indeterminada; 3) Administración vinculada con normas de "deber-salvo caso excepcional" (Sollvorschriften); 4) Administración discrecional; 5) Administración de libre configuración. Y estos escalones no hay que entenderlos como compartimentos estancos, sino como clasificaciones fluidas (SCHUPPERT, Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl 1988, p.1198; SCHMIDT-ABMANN, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Ob.cit., art.19 IV, párr.188)

⁴³ Así lo hace FABREGAT, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.281

conceptos normativos indeterminados, y es que en esa integración o concreción hay ponderación y valoración administrativa (cfr.arts. 5 RAMINP y 11.4 Instrucción 1963; y vid. supra Cap.2 III A).)

ii) La existencia de cláusulas accesorias en una licencia reglada no es extraña en el sistema clásico del Derecho de policía. Otto MAYER distinguía entre permisos de policía a cuyo otorgamiento existe un derecho y permisos de policía donde la Administración tiene un ámbito propio de maniobra⁴⁴. Esta afirmación se pueden entender con una reflexión sobre el Derecho de policía. La Administración tiene, en todo caso, la facultad de impedir que el ejercicio de derechos se haga contra el interés público o contra los demás, correspondiente a una obligación del particular de no perturbar⁴⁵. Esta actuación pública, de policía, se debe ejercer normalmente mediante normas abstractas y generales (Ordenanzas de policía)⁴⁶. En ellas se tipifican los posibles supuestos de perturbación y las cautelas que ha de tomar el particular para evitarlos. Del cumplimiento de estas cautelas se hace depender el otorgamiento de la licencia de policía. Pero, claro es, la norma no puede prever todos los posibles supuestos de perturbaciones y las medidas para evitarlas. Es por ello que en ocasiones la norma de policía otorga a la Administración el poder de fijar en el caso concreto las medidas a tomar para evitar un daño en la cosa pública, con el límite del principio de proporcionalidad⁴⁷. El mismo

⁴⁴ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.248

⁴⁵ Otto MAYER, Derecho Administrativo alemán II (Trad.esp., vol. II), cit. p.11

⁴⁶ Otto MAYER, Derecho Administrativo alemán II (Trad.esp. vol.II), cit., p.40

⁴⁷ Otto MAYER, Derecho Administrativo alemán II (Trad.esp., vol.II), cit. p.59; este resultado también en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, en relación con la licencia de apertura

planteamiento se encuentra en VILLAR, que distingue dos tipos de autorizaciones de industria: Pura: mera declaración de licitud de un proyecto; Autorización "determinación": contiene precisiones sobre la actividad autorizada⁴⁸

c) En actos reglados con dispensa.

En ocasiones las leyes permiten el otorgamiento de actos reglados con dispensa de requisitos legales (p.ej: arts. 136.1 LS: construcción provisional; art.20 RAMINP: emplazamiento de fábrica contra Ordenanza). En estos casos la Administración puede incluir también cláusulas accesorias (hay previsión expresa en el art. 20 RAMINP). Con éstas cláusulas accesorias (fianzas, medidas correctoras excepcionales, etc) se puede asegurar que la dispensa de requisitos legales no impida el cumplimiento de los fines de la ley. Aunque en realidad, se puede cuestionar que la licencia con dispensa siga siendo un acto reglado (vid. infra Cap. 17 I D.).)

d) Para el mantenimiento del orden público

El art.21.1 LS impone al propietario de una construcción la obligación de preservar la seguridad, salubridad y ornato

del RGPE (Derecho Administrativo I, cit., p.355)

⁴⁸ VILLAR, La intervención...cit. p.312: "El acto administrativo contiene entonces una manifestación de voluntad que no sólo está encaminada a producir el resultado jurídico de autorizar de otra manera lo prohibido, sino también a regular las condiciones con arreglo a las cuales ese resultado debe producirse (autorización condicionada) o, más aún, a modalizar la actividad industrial (autorización modal). Aunque parece que las modalizaciones de que habla el autor van más allá de meros controles de policía, pues con esas cláusulas se llevaría a cabo una "composición homogénea de intereses" (pp.310 y 312)

público. Y para el cumplimiento de esta obligación, el art. 245.2 LS autoriza a los Ayuntamientos a dictar las órdenes de ejecución necesarias. El art 74.2 RGPE autoriza a la Autoridad gubernativa a dictar medidas de policía, general o particular, en relación con las distintas actividades recreativas. Con carácter general, el art. 14 LOPSC permite que las autoridades competentes (se incluyen las autoridades locales: art.2.2 LOPSC) dicten órdenes o prohibiciones para el mantenimiento del libre ejercicio de los derechos y libertades y para garantizar la seguridad ciudadana. En mi opinión, estas cláusulas de orden público permiten a la Administración la inclusión de cláusulas accesorias (típicamente, modos de protección) en licencias de policía.⁴⁹ No hay obstáculo a que se incluya como cláusula modal de una licencia lo que podría constituir orden de policía.

e) Para la aplicación de otras normas.

El contenido del acto reglado está regulado en una norma. Pero puede ser que otras normas concurren sobre el mismo objeto para el que se ha dictado el acto. El contenido de estas otras normas no es ya el "si" del acto, sino el "cómo"⁵⁰. Un ejemplo: licencia de apertura de un local para "sex-shop", donde se aplican no sólo las normas urbanísticas, sino también el R.D. 1189/1982, de 2 de junio, para la

⁴⁹ El mismo resultado en SIMON (Ob.cit., art.74, párr.34 a) en relación con la cláusula general de orden público (urbanístico) del art. 3 BayBO. En contra: ELSTER (Ob.cit., p.228), aunque contradictorio en p.232.

⁵⁰ ELSTER, Ob.cit., p.229. Aunque para este autor sólo es posible esta cláusula accesoria cuando se dan todos los requisitos para que el mismo contenido se formulara como acto administrativo independiente (p.231).

protección de la juventud⁵¹. El cumplimiento de estas otras normas concurrentes se puede realizar precisamente mediante la inclusión de cláusulas accesorias⁵².

C) ¿Apoyo directo en la Constitución?

a) Planteamiento.

Ya ha quedado expuesto que el acto reglado es, en principio, refractario a las cláusulas accesorias. Es una consecuencia lógica del principio de legalidad (en sus dos componentes, reserva de ley y primacía de la ley). La inclusión de cláusulas accesorias en un acto reglado necesitaría, en principio, una autorización legal. Lo cierto es que en Derecho español la autorización legal expresa para incluir cláusulas accesorias en actos reglados está muy restringida, a diferencia de la autorización general del art. 36 I VwVfG. Y sin embargo, la práctica forense española admite a menudo cláusulas accesorias en actos reglados. Para ello se recurre a la lógica jurídica, a principios de Derecho civil o a principios generales de Derecho⁵³. A continuación voy a tratar de explicar estos supuestos desde una perspectiva constitucional.

El que la Administración deba dictar actos administrativos con el contenido predeterminado por la ley (acto reglado) es una conquista positiva del principio de

⁵¹ En Derecho bávaro de policía, SIMON (Ob.cit., art.74, párr.34d) propone como ejemplo la fijación de horarios de apertura y cierre en una licencia de edificación, cuando ésta se vaya a destinar a local público.

⁵² Esta doctrina, en STS 12 febrero 1991 (Az.946)

⁵³ GONZALEZ MARIÑAS, Ob.cit., p.525

legalidad. Pero la vinculación de la Administración en los actos reglados debe ser flexible en el caso concreto para hacer realidad otros principios, valores o derechos constitucionales. El principio de legalidad en los actos reglados debe ser compatible con la aplicación, con la optimización de la Constitución. Mas esta coonestación de principios constitucionales no puede llegar a deformar el contenido esencial del acto administrativo, tal y como viene definido en la ley. Por ello, la flexibilización del principio de legalidad sólo admite cláusulas modales y a lo sumo reservas de modificación. La inclusión de una condición o una reserva de revocación sería tanto como dictar un acto administrativo con contenido distinto al previsto en la ley. Aquí ya no habría aplicación de la ley de acuerdo con la CE; habría ilegalidad.

b) ¿El principio de legalidad como principio absoluto?

Para contestar a esta pregunta hay que partir de la consideración de la Constitución como Derecho objetivo (art.9.1 CE)⁵⁴ y como norma de aplicación directa⁵⁵. Los principios constitucionales son normas jurídicas que vinculan a todos los poderes públicos. Uno de esos principios constitucionales es el de legalidad, componente del Estado de Derecho. Pero no es éste el único principio normativo constitucional. De lo contrario, todo el contenido normativo de la Constitución se reduciría a una norma formal: la Ley debe autorizar la actuación administrativa; el Estado de Derecho quedaría así limitado a la vigencia del principio de

⁵⁴ STC 16/82, 28 abril, FJ I; STC 80/82, 20 diciembre, FJ I.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3.Ed., Madrid, 1983 (reimpresión, 1991), p.68

legalidad parlamentario⁵⁶. Pero resulta que del Estado de Derecho también forman parte los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y sometimiento a los derechos fundamentales; el principio de Estado Social (art. 1.1 CE) se concreta en los principios rectores de la política social y económica (Tit.I, Cap.III CE); el principio de solidaridad (art. 2 CE) equilibra la descentralización del Estado. Este conjunto de normas constitucionales se impone a todos los poderes públicos, y entre ellos al poder legislativo. La Ley está sometida a las normas constitucionales.

Este planteamiento -imposición de la Constitución sobre la legalidad- está ahora plenamente aceptado, pero con un ámbito de actuación limitado:

1) La ley tiene su límite en la Constitución. Pero el respeto a este límite se controla en régimen de monopolio por el Tribunal Constitucional. A la Administración no se le reconoce un margen de valoración constitucional de la labor del legislador. La Administración no puede mejorar la ley⁵⁷. En nuestra Constitución, la única reacción de la Administración frente a la ley ha de canalizarse por el recurso de inconstitucionalidad que puede interponer el Presidente del Gobierno (art.162.1 a) CE).

⁵⁶ Esta es la evolución de finales del siglo XIX en Alemania: Vid. JESCH, Ob.cit., p.208 (Notas 285 y 286), 209 (notas 288 y 289) y 211 (nota 295), y en p.295, nota 293: "Toda identificación del concepto del Estado de Derecho con un único principio o postulado es errónea, como es el caso de la equiparación del mismo con el principio de legalidad, con el control judicial de la Administración..."

⁵⁷ PAREJO, Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Madrid, 1983, p.103; OSSENBÜHL, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, en "Handbuch des Staatsrechts, III", 1988, Cap.62, párr.4

2) Cuando la ley ha regulado una materia, la Administración sólo puede aplicar la Constitución, directamente, si la propia ley le ha reconocido un espacio de discrecionalidad o posibilidad de dispensar⁵⁸. El ejercicio de ese poder discrecional se rige precisamente por las normas constitucionales (Verfassungskonformeauslegung)

Pero este esquema parece demasiado estrecho y desconoce la realidad constitucional de la Administración. La ley no es siempre y en todo caso un límite infranqueable para la Administración. Aun en presencia de un acto reglado se puede reconocer a la Administración un ámbito propio de decisión para la inclusión de cláusulas accesorias, concretamente, para incluir modos. Para poder afirmar esto hay que partir de las siguientes consideraciones:

aa) El sometimiento total de la Administración a la ley está aún imbuido de la afirmación del principio democrático frente al principio monárquico: al poder real se le pone un límite, el que fija la representación popular a través de la ley. La Administración-Poder ejecutivo debe limitarse a ejecutar las leyes, a subsumir las situaciones de hecho en los supuestos de hecho normativos. Pero esta comprensión de la separación de poderes no tiene ya vigencia en un sistema constitucional donde todos los órganos del Estado reciben sus poderes del pueblo soberano, a través de la Constitución (art.1.2 CE). El Ejecutivo no es el enemigo de la representación popular, sino otro órgano emanado de la soberanía popular. La separación de poderes no es hoy otra cosa que un sistema adecuado y equilibrado para el ejercicio del poder público⁵⁹.

⁵⁸ OSSENBÜHL, Vorrang...cit., Cap.62, Párr.5

⁵⁹ DREIER, Ob.cit., p.177; HESSE, Ob.cit., párr.482

bb) La estrecha sumisión de la Administración a la Ley no es un precipitado de la democracia, sino de cualquier forma de poder⁶⁰. En la formación del Absolutismo se consolida la idea de lealtad de la Administración a los mandatos, a las leyes, del soberano⁶¹

cc) La afirmación de una sumisión absoluta de la Administración a la Ley no se corresponde con la Constitución vivida. Porque la Administración es una instancia creadora, planificadora, no de mera aplicación de las leyes⁶².

dd) Desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración, la aplicación automática de normas es una coartada para el ejercicio burocratizado de la función administrativa, sin atención al caso concreto que se trata de resolver⁶³. Las decisiones se toman en instancias alejadas de la realidad administrativa. Pero resulta además que este problema no se soluciona abriendo márgenes de discrecionalidad a la Administración, pues este campo de decisión se rellena con disposiciones administrativas internas, dictadas desde instancias centrales, que vuelven a

⁶⁰ Así lo constata NIETO (El positivismo jurídico y la Constitución de 1978, en REDC n.26 [1989], p.11) en relación con las Leyes y Reglamentos del régimen franquista.

⁶¹ DREIER, Ob.cit., p.128

⁶² No hay duda de que "Poder ejecutivo", distinto de "actuación administrativa", no significa aplicación mecánica de normas, sino también libre configuración de los poderes públicos: GALLEGO ANABITARTE, Función ejecutiva...cit., p.27. De lo que se trata ahora es de afirmar que tampoco la "actuación administrativa" es aplicación mecánica de leyes: SHRÖDER, Die Bundesregierung, en "Handbuch des Staatsrechts" (HbStR), Tomo I, Heidelberg, 1987, Cap.50, párr.2; MAURER, Der Verwaltungsvorbehalt, cit., p.157; DREIER, Ob.cit., p.166.

⁶³ NIETO, La Organización del desgobernado, 4.Ed., Barcelona, 1988, pp.54-55

alejarse la resolución administrativa del caso concreto⁶⁴. La genuina adecuación de la resolución típica al caso concreto se puede conseguir mediante la suma de acto reglado y cláusula accesoria modal.

ee) La ordenación jurídica de la realidad no se agota en la ley. El proceso creador del Derecho también se da en la aplicación de las normas al caso concreto⁶⁵. Es así que el modelo "creación de derecho-aplicación de derecho" resulta progresivamente sustituido por "creación de derecho abstracta-creación de derecho concreta"⁶⁶. No se trata de que las leyes regulen todos los supuestos posibles de la realidad, sino de que cada supuesto concreto pueda tener una solución justa en el conjunto del Ordenamiento jurídico, y ello es más bien cuestión de la resolución administrativa que de la ley. Esto demanda de las leyes, como exigencia constitucional, formulaciones normativas abiertas, típicamente la creación de ámbitos de discrecionalidad⁶⁷ o posibilidad de dispensar⁶⁸. Y a mi juicio también autorización para incluir cláusulas accesorias.

⁶⁴ LEISNER, Gesetz...cit., p.854

⁶⁵ MAURER, Verwaltungsvorbehalt, cit., p.157, DREIER, Ob.cit., p.160. Esta concepción "creadora" del acto administrativo está más clara en Derecho francés (por ejemplo, DEVOLVÉ, Ob.cit., párrafos 28,29,33,34,36), dada la falta de distinción (primaria) entre disposición y acto administrativo. También en Derecho español: FERNÁNDEZ DE VELASCO, Ob.cit., p.16

⁶⁶ SCHOLZ, Ob.cit., pp.162-163.

⁶⁷ MAURER, Verwaltungsvorbehalt, cit. p.161. La realidad administrativa muestra, incluso, que aunque la ley no prevea un ámbito de maniobra propio para la Administración, ésta ejerce poder decisorio instrumentalizando la labor interpretativa de las leyes. La interpretación de conceptos normativos indeterminados se utiliza por la Administración como alternativa ante una falta de margen de discrecionalidad (DREIER, Ob.cit., pp.168,171,188,190).

⁶⁸ DÜRIG, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Ob.cit., art. 3 I, párr.427

ff) Según el art. 9.1 CE "...los poderes públicos están sujetos a la Constitución". Este sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución es inmediata, no escalonada, como en el caso del art. 20 III de la Constitución alemana⁶⁹. En la Ley Fundamental de Bonn sí se puede afirmar que el sometimiento de la Administración a la Constitución es con mediación de la Ley⁷⁰. En el texto español, en cambio, no aparece ese escalonamiento en la fuerza normativa de la Constitución⁷¹, lo cual no supone un desconocimiento del principio de legalidad, sino un reforzamiento de la posición de la Constitución sobre la Ley.

gg) En la Constitución española se pueden citar varios supuestos en que se permite a la Administración enjuiciar la labor del legislador, mejorar las leyes. A saber:

1) La Disposición Final 3 CE deroga todas las normas anteriores que se opongan a la CE. La consideración de que una norma está derogada es función del juez que conoce del caso⁷². Pero para que un Tribunal de lo contencioso-administrativo se pueda encontrar con una norma derogada por la Constitución es necesario que previamente la Administración haya dictado un acto, que es lo que enjuicia el Tribunal. Ello supone que la primera valoración de si una norma estaba o no derogada no es del Tribunal, sino de la Administración. Es decir, la Administración ha aplicado directamente la Constitución frente a una ley anterior.

⁶⁹ El art. 20 III GG dispone que "el poder legislativo está vinculado al orden constitucional, el poder ejecutivo y el poder judicial están sometidos a la ley y al derecho"

⁷⁰ Por ello, cuando afirma HESSE (Ob.cit., párrafos 213 y 214) que no sólo el legislador, sino también el poder ejecutivo está vinculado por el principio del Estado Social, aclara que esta vinculación es "con las formas del Estado de Derecho", esto es, vinculación mediata, a través de la ley.

⁷¹ En contra, PAREJO, Ob.cit., p.103

⁷² GARCÍA DE ENTERRIA, La Constitución...cit., pp.72 y 74

2) Además, es criterio del TC que las normas preconstitucionales deben ser preferentemente interpretadas de acuerdo con la Constitución, antes que considerarlas derogadas (jurisprudencia positivada en el art. 5.3 LOPJ). Pues bien, esa interpretación constitucional de la ley se puede conseguir precisamente mediante la inclusión de cláusulas accesorias. Piénsese por ejemplo en el RAMINP (de 1961) y las Ordenanzas Municipales que lo desarrollan anteriores a 1978; una interpretación constitucional de la licencia de apertura que regulan estas normas puede dar lugar a que la Administración incluya cláusulas accesorias para optimizar los mandatos del art. 43.1 CE (derecho a la protección de la salud) o 45.1 CE (derecho a un medio ambiente adecuado).

3) El art. 53.2 CE exige a los Tribunales el amparo ordinario de los derechos fundamentales. Este amparo, directamente ordenado por la CE, ha de prestarse incluso cuando el contenido esencial del derecho que se protege está en contradicción con una ley (orgánica) que lo desarrolla. Compete entonces al juez amparar el derecho inmediatamente, y luego elevar cuestión de inconstitucionalidad⁷³. Es decir, en este caso se reconoce a los jueces la facultad de defender inmediatamente la Constitución frente a la Ley. Y no hay razón para no extender esta protección inmediata de los derechos fundamentales a la otra instancia aplicadora de la ley: la Administración.

hh) Afirmar un margen de decisión de la Administración frente a la Ley no supone revivir el antiparlamentarismo, al estilo de VON BIBERSTEIN⁷⁴. Porque el riesgo de este antiparlamentarismo era su efecto reforzador de un Poder ejecutivo autoritario. La Ley era el contrapreso del poder ejecutivo. Y sin este contrapreso se desequilibra el sistema de separación de poderes. Pero cuando el Ejecutivo encuentra su fundamento y límites en un orden normativo constitucional, garantizado por los Tribunales, entonces ese riesgo de desequilibrio desaparece. Por ello, existiendo la posibilidad de que los Tribunales controlen la adecuación de una cláusula

⁷³ GARCÍA DE ENTERRIA, La Constitución...cit., p.79

⁷⁴ Cfr. VON BIBERSTEIN, Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, Stuttgart, 1927, p.160

accesoria a la Constitución, no hay razón para sobredimensionar la función de la Ley como límite de la Administración. Pues, en suma, optimizar la Constitución en el caso concreto no es actuar contra el Derecho, sino aplicar la norma que ocupa el mayor rango en el Ordenamiento jurídico (art.5.1 LOPJ). No se sustituye la norma por la orden administrativa (Befehl: CARL SCHMITT), sino que se impone la norma constitucional a la parlamentaria.

ii) Tampoco se cae en un enfrentamiento Ley contra Derecho, conocido en la ciencia jurídica alemana al menos desde el segundo SAVIGNY⁷⁵. En esta confrontación el "Derecho" sirve para describir la conciencia jurídica de una comunidad (elemento técnico del Derecho). Es el método jurídico -formal- el que debe "descubrir" las instituciones que contiene ese Derecho (elemento científico del Derecho)⁷⁶. Mas en nuestro esquema no se oponen Instituciones jurídicas a la Ley. Sino la Constitución, que es una decisión normativa del titular de la soberanía frente a la Ley.

jj) El mayor problema para permitir a la Administración la optimización de los actos reglados se da cuando hay derechos públicos subjetivos de los particulares al otorgamiento del acto con un determinado contenido delimitado por la Ley. Ahora bien, el Ordenamiento jurídico no permite derechos absolutos. Véanse dos supuestos:

1) El art. 7 C.c exige el ejercicio de los derechos de acuerdo con la buena fé y proscribe el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Y así dispone que "Todo acto

⁷⁵Cfr. LARENZ, Methodenlehre...cit., pp.13-14

⁷⁶ VON SAVIGNY, Entstehung des Positiven Rechts, en "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", reproducido por Erik Wolf en "Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft", Frankfurt, 1950, p.323.

u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a las correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso". No se trata aquí de que la ley delimite socialmente un derecho, sino de que un derecho configurado por la Ley se ejercite con límites. Y esos límites los puede poner la Administración.

2) Además, en Derecho Constitucional se cuenta con la teoría de los "límites inmanentes" de los derechos fundamentales⁷⁷: los derechos fundamentales que reconoce la Constitución no son absolutos, sino que tienen sus límites en otros valores, principios y derechos fundamentales. Estos límites pueden ser identificados y asentados por una Ley de desarrollo. Pero aunque la Ley no fije esos límites, el derecho fundamental sigue teniéndolos, porque le son inmanentes. Entonces, si la Administración incluye cláusulas accesorias para afirmar los linderos inmanentes de un derecho no hay una violación de reserva de ley: la Administración no ha limitado, sino identificado límites, que es distinto⁷⁸.

⁷⁷Vid. MAUNZ/ZIPPELIUS, Ob.cit., Cap. 20 I 1. p.157

⁷⁸ Esta tesis tiene apoyo en la fundamentación de la STC 83/1984, FJ 3, en DE OTTO (en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO/DE OTTO, Derechos fundamentales y Constitución, Madrid, 1988, pp.137 y 147-150) y recientemente en la STS 15 julio 1993, Az.6199. La teoría que se comenta tiene especial sentido en la Constitución alemana, pues siguiendo el art. 19 I 2 GG no para todos los derechos fundamentales está permitida una ley que desarrolle o fije límites al derecho (a diferencia del art. 53.1 CE, que prevé Ley Orgánica para todos los derechos fundamentales: DE OTTO, Derechos, cit. pp.105-106). Por ejemplo, para la libertad de cátedra (art.5 III GG) la Constitución alemana no permite una ley que delimite este derecho. Pero de hecho el legislador a conformado y limitado el Derecho, por la vía de "identificar" los límites del derecho. La Ley no limita el derecho, sino que identifica

c) Principios constitucionales para la inclusión de cláusulas accesorias.

La actuación administrativa no viene entonces sólo determinada por el principio de legalidad, sino por toda la Constitución. Y ello puede significar que otros principios constitucionales actúen directamente como fundamento normativo para la inclusión de cláusulas particulares en un acto. En suma, el principio de legalidad, derivado de la Constitución cede en ciertos supuestos ante otros principios constitucionales⁷⁹. Se trata de afirmar la vigencia compatible de todos los principios constitucionales, no sólo del principio de legalidad⁸⁰. Como sigue:

aa) El principio de proporcionalidad (componente del Estado de Derecho: art.1.1 CE) permite y exige de la Administración la inclusión de cláusulas accesorias, cuando así se puede otorgar lo que si no debería ser denegado⁸¹.

cuáles son sus límites en el orden constitucional. De esta formulación se colige que un órgano constitucional, el Parlamento, delimita en abstracto los derechos fundamentales aun sin autorización constitucional, con la formulación teórica de que no es una fijación de límites, sino identificación de los que de por sí tiene el derecho. Vid. exposición de esta cuestión, en castellano, en BACIGALUPO, La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de delimitación legal, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n.38 [1993], p.305

⁷⁹ Decididamente en contra de este planteamiento: MAURER, Der Verwaltungsvorbehalt...cit., p.147

⁸⁰ Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, ¿Es inconveniente...cit., p.221

⁸¹ STS 8 julio 1989 (Az.5592): "...tales condiciones (iuris) 'deben' ser introducidas precisamente por virtud de las exigencias del principio de proporcionalidad (arts.106.1 CE; 84.2 LBRL y 6 RSCL)". Vid también STS 12 diciembre 1990 (Az.9950). Este planteamiento es tradicional en la doctrina alemana: VON MANGOLDT, Ob.cit., pp.101 y 119; KRÜGER, Ob.cit., p.451; BLECKMANN, Ob.cit., p.102; sólo como criterio de apoyo, SCHLEICH, Ob.cit., p.238. Vid. también supra II B)

Este planteamiento ya se había impuesto en la jurisprudencia del TS, a partir del art.6.2 RSCL (principio de intervención mínima: "favor libertatis"). La aplicación del principio de proporcionalidad debe ser sin embargo mesurada. Por un lado, no existe un derecho público subjetivo a una modulación de las exigencias de la ley; se trata de una decisión discrecional (vinculada) de la Administración (vid supra B) a) aa).). Y por otro lado, la aplicación del principio de proporcionalidad ha de llevarse a cabo ponderando los distintos bienes jurídicos en juego. Ello significa que el principio de primacía de la ley sólo cede cuando se enfrenta a otro bien de una relevancia constitucional equivalente.

bb) El Estado Social puede permitir, e incluso exigir, la inclusión de cláusulas accesorias a fin de hacer compatible el contenido del acto con las exigencias de justicia e igualdad (valores constitucionales -art. 1.1 CE- que sustentan el principio de Estado Social⁸²). En mi opinión, la Administración puede añadir una cláusula de protección del interés de los trabajadores en una subvención reglada, amparada por el principio de Estado Social.

a).

⁸² El Estado Social está constitucionalizado al mismo nivel que el Estado de Derecho (PAREJO, Estado Social, cit. pp.75-81. Esto significa, a mi juicio, que Estado Social, en nuestra Constitución no es un mero principio constitucional referido al legislador; la Administración pública se rige, al mismo tiempo, por el principio de legalidad (Estado de Derecho) y por el principio de Estado Social. Es la ponderación de ambos principios -y no la simple aplicación de la ley- lo que rige la actuación administrativa; en DEGENHART, Rechstaat-Sozialstaat, en "Festschrift für Scupin", 1983: el Estado Social no necesita de un nuevo sistema de garantías constitucionales (p.540), ni tampoco constituye una norma con un contenido identificable e independiente (p.539), más bien se trata de un principio constitucional, y en ningún caso prima el principio de Estado Social sobre el de legalidad (p.546).

cc) En nuestra Constitución, los derechos fundamentales no son sólo derechos de defensa (Abwehrrechte) o valores de relevancia constitucional. El art. 9.2 CE ordena a todos los poderes públicos una acción positiva, de fomento de estos derechos⁸³. Esta dimensión objetiva de los derechos fundamentales permite a la Administración la inclusión de cláusulas particulares en una resolución reglada⁸⁴.

dd) Del principio de descentralización del Estado (art.137 CE) se derivan dos posibilidades de incluir cláusulas accesorias en actos reglados:

1) Para hacer eficaz la descentralización.

La Constitución prevé, en ocasiones, que las Comunidades Autónomas pueden asumir la atribución de "ejecutar" la legislación estatal. Ello significa, en primer lugar, que la legislación estatal ha de reconocer un margen de decisión propia a los órganos administrativos de la Comunidad Autónoma, un ámbito para la realización del "propio interés"⁸⁵. Esto se consigue cuando la norma estatal regula

⁸³ Para ello no es necesario acudir a la teoría institucionalista (derechos fundamentales como institución): GALLEGO ANABITARTE, Derechos fundamentales...cit., p.25. Más bien parece que el art.9.2 CE es una positivación del Estado Social como mandato de promoción de los derechos de libertad (PAREJO, Estado Social, cit., p.67; vid. esta formulación teórica, para La GG alemana, en HÄBERLE, Grundrechte im Leistungsstaat, en VVDStRL 30 [1972], p.90).

⁸⁴ Sin llegar a la tesis que sostengo, en la S. de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 10 de octubre de 1988, se conecta directamente la imposición de medidas correctoras en una licencia de apertura y el art.18 CE (derecho a la intimidad). Vid. comentario a esta S. en Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Los "ruidos evitables", REALA 238, pp.1275-1282

⁸⁵ STC 4/1981, 2 febrero; STC 25/1981, 14 julio; GARCÍA DE ENTERRIA, La ejecución autonómica de la legislación del Estado, Madrid, 1983, p.36.

Este principio, referido al Estado Federal alemán, en

actos discrecionales, pues entonces se abre a los órganos administrativos regionales la posibilidad de incluir un propio criterio de oportunidad⁸⁶. Pero ésta no es la única posibilidad. Si las leyes estatales conforman actos reglados, ¿Qué margen de decisión les queda a las Comunidades Autónomas? En estos casos hay que sostener que a los órganos administrativos les queda la posibilidad de incluir cláusulas accesorias (autónomas) para adecuar las normas estatales al "bloque de la constitucionalidad", del que forman parte los Estatutos de Autonomía.

También el art. 137 CE reconoce autonomía a las Entidades Locales, un ámbito de propio interés. Con la peculiaridad, además, de que aquí la descentralización -sólo administrativa- va acompañada de integración democrática directa de los órganos administrativos locales (art.140 CE)⁸⁷. Pues bien, ese ámbito de propio interés local,

SCHNAPP, Der Verwaltungsborbehalt, VVDStRL 43 (1985), p.176. Quede claro que sólo se compara la técnica de distribución de competencias, pero permanece una diferencia de fondo: en Alemania existe el llamado "federalismo de ejecución", según el cual en materias de competencia legislativa del Estado federal (Bund) son los Estados federados (Länder) quienes ejecutan las leyes. Este principio no existe en nuestra Constitución, que utiliza distintas técnicas de distribución de competencias. Una de ellas es la distinción legislación-ejecución, pero ni es la única posibilidad ni tiene carácter absoluto (pues el Estado se puede reservar también ciertos actos de ejecución: STC 144/85, FJ 4).

⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRIA, La ejecución...cit., p.48

⁸⁷ Legitimación democrática de los órganos administrativos ha de significar margen de decisión. Así lo entendía, para criticarlo, MERKL (Según cita de GARCÍA DE ENTERRIA, La ejecución...cit., p.30-31, nota 16, y de PAREJO, Estado Social, cit., p.109) quien rechazaba la elección democrática de la Administración, pues ello significaba una pérdida de poder del Parlamento; lo que mejor podía servir a un Parlamento democrático era una Administración autocrática. A ello se puede contestar que también a una tiranía lo que mejor sirve es una Administración sumisa (DREIER, Ob.cit., p.128)

delimitado por las leyes⁸⁸, se puede plasmar en Ordenanzas Municipales, pero también puede dar lugar a cláusulas accesorias en actos administrativos.

Ciertamente que la optimización constitucional del acto reglado no debe vulnerar la distribución de competencias entre órganos administrativos. Pero aquí hay que distinguir entre el ejercicio de una competencia (que supone un "criterio decidendi" propio) y la extensión sobre competencias de otros órganos sin un criterio propio, sólo para poder dar solución a un problema concreto, sin afectar al orden objetivo de competencias⁸⁹. La inclusión de una cláusula accesoria en un caso concreto, referida a un ámbito competencial de otro órgano, es admisible siempre y cuando el contenido de esas cláusulas se adecúe a los criterios administrativos del órgano competente en el ámbito material de que se trate.

2) Para garantizar el ejercicio solidario de las competencias administrativas.

Al principio de descentralización añade la Constitución, como reverso, el principio de solidaridad (arts.2 y 138.1 CE). También el art. 103.1 CE enuncia al mismo nivel el principio de descentralización y el de coordinación. Ello supone que no se pueden ejercer las competencias propias en

⁸⁸ Del Estado o de las Comunidades Autónomas:STC 214/1989, 21 diciembre

⁸⁹ BADURA, Das Verwaltungsverfahren, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Ed., Berlin, 1992, Cap.42, párr.10. El autor se refiere a la "eficacia concentrada" (Wirkungskonzentration) del "Planfeststellungsbeschuß" (art.75 I VwVfG), que es una decisión discrecional y donde es la propia Ley quien permite el ejercicio ocasional, en el caso concreto, de competencias de otros órganos. Este modelo me parece también útil para el caso de los actos reglados y las cláusulas accesorias.

perjuicio de las competencias de otra Organización jurídico-pública. Estos principios constitucionales se reflejan en el art. 4.1 b) LRJAP, que obliga a "ponderar", en el ejercicio de las competencias propias, los "intereses públicos" encomendados a otras Administraciones. Pues bien, esa "ponderación" puede consistir precisamente en la imposición de cláusulas accesorias (normalmente modos) que salvaguarden en el caso concreto los intereses públicos encomendados a otras Organizaciones jurídico-públicas⁹⁰.

ee) El principio de eficacia de la Administración (art. 103.1 CE; art.3.1 LRJAP) faculta a ésta a incluir aquéllas cláusulas accesorias que sirven a la mejor ejecución del fin perseguido por la norma⁹¹.

En todos estos casos estamos ante una modulación de la ley para optimizar los principios, valores y derechos fundamentales de la Constitución. Pero esa optimización sólo

⁹⁰ El mismo resultado para los Länder alemanes, partiendo directamente del principio de "fidelidad federal" (Bundestreu): KRÜGER, Ob.cit., p.453; BLECKMANN, Ob.cit., pp.105-106

⁹¹ GONZALEZ MARIÑAS, Ob.cit., p.580. Este es -antes de la CE- el contenido de la STS 25 septiembre 1969 (Az.4101): "El concepto de policía ha de ir, necesariamente, más allá del contenido forzosamente limitado de una Ordenanza o Reglamento si se quiere que cumpla su verdadera función de tutela y no se desea llegar al espectáculo, jurídicamente intolerable, de una Administración inactiva ante un mal o peligro evidenciado por motivos de no existir una normativa formal que le permite romper una pasividad contraria a su función"

Pero la virtualidad del principio de eficacia es limitada. Según LEISNER (Derecho constitucional, Derecho administrativo, Conferencia en la U.A.M, Octubre 1992...,p.21), el principio de eficacia no ha de tener el mismo rango que otros principios constitucionales (más aún, no debe ser principio de Derecho constitucional, sino sólo de Derecho administrativo). Con este criterio, ha de considerarse restrictivamente la prevalencia del principio de eficacia sobre el de legalidad.

permite la inclusión de cláusulas modales o reservas de modificación. La inclusión de otro tipo de cláusulas, más gravosas o intensas, constituiría una sustitución de la regulación legal por la contenida en el acto administrativo concreto; supuesto éste intolerable desde el principio de legalidad.

III. En el acto discrecional.

A) Facultad de la Administración.

En el acto administrativo discrecional la norma faculta a la Administración a dictar un acto administrativo según su propio criterio de oportunidad. No se trata de arbitrariedad o voluntariedad, sino de una facultad reconocida por la norma y a ella vinculada; se trata pues de una "discrecionalidad vinculada" (Pflichtgemäßes Ermessen).

En ocasiones la norma jurídica autoriza expresamente a la Administración a incluir una cláusula accesorias⁹². Así, en subvenciones discrecionales, dispone la OM 19 agosto 1992: "La resolución de otorgamiento podrá establecer condiciones técnicas y económicas de observancia obligatoria". Esta autorización normativa no es necesaria para que la Administración pueda incluir cláusulas accesorias, como se verá en el siguiente punto. Pero su inclusión no es baladí, pues sirve para encuadrar, para delimitar el ámbito de discrecionalidad de la Administración en la imposición de cláusulas accesorias⁹³.

⁹² Vid. varias autorizaciones legales expresas en GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.354-355, e infra Cap.19 II.

⁹³ Esta cuestión se puede observar con más claridad en Derecho alemán. En la actualidad, el art. 36 II VwVfG admite con carácter general las cláusulas accesorias en actos

Según GARCÍA-TREVIJANO, "En aquellos otros supuestos en que la norma calla, debe presumirse la facultad de incluirlas (las cláusulas accesorias)"⁹⁴. En el acto discrecional rige el principio "a maiore ad minus": si la Administración puede, según su propio criterio, otorgar o denegar un acto administrativo, también tiene implícita la facultad de otorgarlo sometido a condiciones⁹⁵. Según formulación tradicional de W.JELLINEK: "Si la autoridad puede denegar totalmente la solicitud también puede hacer algo menos que denegar. Puede otorgar la autorización temporalmente o hacerla depender de una condición"⁹⁶. Para las subvenciones discrecionales este principio se manifiesta en la "teoría del saldo" (Saldotheorie) según la cual es posible incluir cláusulas accesorias siempre que el beneficio que concede el acto administrativo sea superior al gravamen que supone la

discrecionales. Pero una autorización tan indeterminada y amplia encuentra reparos en la doctrina, que ve aquí vulnerados los límites materiales del principio de legalidad (ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.14 II, p.265; MEYER/BORGS, Ob.cit., art.36, párr.33). Esta indeterminación se suple mediante la interpretación constitucional de la cláusula general (Verfassungskonformeauslegung); las normas constitucionales se erigen en límites de la autorización legal para incluir cláusulas accesorias. En este contexto tiene pleno sentido que cada ley contenga una previsión específica sobre la admisibilidad de cláusulas accesorias; esta mención sirve como límite normativo de la discrecionalidad, en tanto puede servir para determinar cuál es el fin de la ley (al cual está vinculado todo ejercicio de discrecionalidad): SCHACHEL, Ob.cit., p.120.

⁹⁴ GARCÍA-TREVIJANO, Los actos...cit., p.168; en el mismo sentido, GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.354; para la concesión de aguas: Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Aguas públicas y obras hidráulicas, Madrid, 1966, p.282

⁹⁵ Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.251; WEYREUTHER, Ob.cit., pp.236-237; SCHACHEL, Ob.cit., p.117; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.,612; WELLAS, Ob.cit., p.74; para la concesión de aguas: BREUER, Ob.cit.,p.164

⁹⁶ Walter JELLINEK, Polizeiliche Genehmigung...cit., p.575

cláusula accesoria⁹⁷. Estas teorías que comentamos se basan en el principio de "mínima intervención" (geringstmöglicher Eingriff), pues ante un acto con cláusula accesoria el particular tiene dos posibilidades, actuar de acuerdo con las cláusulas o renunciar a todo el acto administrativo, y ello es más que acatar llanamente una denegación⁹⁸.

Al igual que no existen actos administrativos absolutamente discrecionales, tampoco se da una posibilidad ilimitada de incluir cláusulas accesorias. Se enuncian a continuación algunos límites, sin perjuicio de su tratamiento general en el siguiente epígrafe (IV):

- a) El "Objeto y naturaleza" de la norma que regula el acto administrativo discrecional. La cláusula que no se corresponda con el fin de la norma incurre en desviación de poder.
- b) Conexión material (Sachzusammenhang) entre cláusula accesoria y contenido principal del acto.
- c) Interés de tercero⁹⁹.
- d) Competencia del órgano administrativo tanto respecto del acto administrativo principal como sobre cada una de las cláusulas¹⁰⁰.

⁹⁷ KRÜGER, Ob.cit., p.451; DÍAZ LEMA, Ob.cit., pp.178-179

⁹⁸ WEYREUTHER, Ob.cit., p.298

⁹⁹ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.612. Según SIEDER-ZEITLER (Ob.cit., párr.13 a), una concesión de aguas donde no se tenga en cuenta el interés de terceros afectados supone un ejercicio viciado de la discrecionalidad administrativa

¹⁰⁰ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.,613

e) Naturaleza del acto administrativo en cuestión¹⁰¹. Por ejemplo, no admiten determinaciones accesorias: modificaciones de status, autorización de un negocio jurídico privado.

B) Obligación de la Administración.

La inclusión de cláusulas accesorias no siempre es una facultad discrecional de la Administración. Puede formularse también como obligación, como facultad reglada. Normalmente, la norma formula esa obligación administrativa mediante conceptos normativos indeterminados. Aquí no se ejerce poder discrecional, pero si hay un ámbito de propia valoración administrativa, no siempre sustituible por la Jurisdicción contenciosa (vid. supra Cap.2 III A).).

En otros casos se plantea un posible derecho del particular al otorgamiento condicionado (esto es, con cláusulas accesorias), en lugar de la simple denegación. Según SCHACHEL el principio de proporcionalidad exige a la Administración no denegar una autorización cuando es posible su otorgamiento con cláusulas accesorias¹⁰². SCHACHEL llega a transformar esta exigencia del principio de proporcionalidad en derecho subjetivo del particular al

¹⁰¹ KOPP, VwVfG, cit., p.568; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.609; MAURER, Allgemeines...cit., p.283

¹⁰² SCHACHEL, Ob.cit., p.121. Este principio tiene reflejo en el Derecho positivo: en Alemania, el art. 6 WHG prohíbe a la Administración denegar una autorización de aguas cuando los motivos que conducen a la negativa pueden ser removidos mediante cláusulas accesorias; el mismo criterio se puede encontrar en el art. 108.4 RDPH (en relación con el párrafo 3), que impone a la Administración la propuesta de cláusulas accesorias (condiciones y cláusula de precario) a fin de hacer compatible una solicitud de concesión de aguas con el Plan Hidrológico de cuenca

otorgamiento condicionado¹⁰³. Tal formulación también parece recogerla KOPP, si bien la dulcifica afirmando la existencia de un derecho a que la administración "tome en cuenta" la posibilidad de otorgar con cláusulas, en lugar de denegar¹⁰⁴; esta segunda tesis me parece correcta, no se trata tanto de un derecho al otorgamiento como a una actuación procedimental adecuada de la Administración.

IV. Recapitulación: tipología de relaciones norma-cláusula accesoria

La relación norma-cláusula accesoria admite tres formulaciones:

A) La norma obliga a la Administración a incluir una cláusula accesoria, pero ésta precisa de concreción en cada caso (vid. supra II B),b).). Estas cláusulas accesorias pueden servir para delimitar el contenido favorable de un acto (por ejemplo, la concreción de un término final) o pueden imponer un gravamen (condiciones potestativas, modos). En ambos casos se trata de cláusulas accesorias (vid supra Cap.2 III A) y V.). La labor de concreción de la cláusula accesoria no es uniforme y va desde la mera aplicación casi automática de reglas hasta la valoración o ponderación de la Administración para la integración de conceptos normativos indeterminados.

B) La norma no decide la inclusión de la cláusula, pero autoriza a que lo haga la Administración en cada caso concreto. Esta autorización normativa se puede presentar de tres formas:

¹⁰³ SCHACHEL, Ob.cit., p.122

¹⁰⁴ KOPP, VwVfG, cit., p.569

a) La norma permite un tipo concreto de cláusula. A la Administración corresponde decidir la inclusión o no de esa cláusula, pero no la introducción de otra distinta: se trata de una discrecionalidad de opción, no de libre formación¹⁰⁵.

b) La norma permite a la Administración la inclusión de las cláusulas que tenga por convenientes. Es el supuesto más intenso de discrecionalidad¹⁰⁶. Por ejemplo, art. 10.3 R.D. 833/1988, que permite la inclusión (en autorización de producción de residuos tóxicos) de "las condiciones y requisitos necesarios" (Vid. también Cap.19 II)

c) Una ley general permite a la Administración la inclusión de cláusulas accesorias. En la doctrina española se ha visto una autorización general (aunque sólo referida a la condición suspensiva y el plazo inicial) en el art 45.1 y 2 LPA 1958, coincidente con el actual art. 57.1 y 2 LRJAP: (1) "Los actos de las Administraciones públicas...producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"; (2) "La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto"¹⁰⁷ Mayor alcance tiene, en Derecho alemán, la autorización general del art. 36 VwVfG¹⁰⁸. Y también se da esta autorización general

¹⁰⁵ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Subvención...cit., p.37, nota 38

¹⁰⁶ Vid. MOZO, Ob.cit., p.367

¹⁰⁷ BOQUERA, Estudios...cit., p.286; GONZÁLEZ NAVARRO, Derecho Administrativo Español, Tomo II, Pamplona 1988, p.132.

¹⁰⁸ El sentido de esta cláusula general lo determina la estricta concepción del principio de legalidad en Alemania. En la medida en que una cláusula accesoria grava al particular entra en acción el principio de reserva de ley y se hace imprescindible una autorización normativa (Ermächtigung); esta autorización es el art. 36 VwVfG. Pero la solución no es más que formal, pues una autorización tan general no satisface las exigencias materiales del principio de legalidad (BLECKMANN, Ob.cit., p.104). Se ofrecen entonces dos soluciones: 1.La autorización del art. 36 VwVfG no

(referida a condición, término y modo) en el art.121 del Código de procedimiento administrativo portugués, de 1991¹⁰⁹.

C) Las leyes no prevén la posibilidad de incluir cláusulas accesorias. Pero no por ello están prohibidas, tanto en el acto discrecional (vid supra III A.) como en el reglado (vid. supra II B) y C).).

V. Límites generales a las cláusulas accesorias, derivados del principio de legalidad.

A veces la norma autoriza de una forma amplia la inclusión de cláusulas accesorias. Otras veces, la Administración sólo puede valorar o ponderar dentro del marco de un concepto normativo indeterminado. En otros casos, en fin, una cláusula modal puede encontrar fundamento normativo directo en la propia Constitución. En todos estos casos no basta con afirmar la posibilidad de incluir cláusulas accesorias. De la propia ley se derivan límites a la facultad de incluir cláusulas accesorias.

Según el Tribunal Federal Administrativo alemán, "[las cláusulas accesorias] deben encontrar su justificación en el fin de la norma (Zweck des Gesetzes) y en el orden de la materia querido por el legislador. Deben ser materialmente adecuadas (Sachgerecht) y no puede estar en contradicción con

satisface las exigencias materiales del principio de legalidad, y por tanto es inconstitucional, y 2.La cláusula general del art. 36 VwVfG precisa de una interpretación y aplicación a la luz de otros principios, valores y derechos constitucionales ("Verfassungskonformeauslegung").

¹⁰⁹ Vid. traducción de ARROYO YANES en RAP 130 (1993), pp.559

el fin del acto administrativo (Zweck des Verwaltungsakts)"¹¹⁰. De aquí se extraen, como punto de partida, tres límites a las cláusulas accesorias, aunque veremos que a estos límites se les puede dar distinto alcance. Tres conceptos se pueden traer aquí a colación: Vinculación material entre cláusula accesoria y acto administrativo. Adecuación de la cláusula accesoria al fin de la norma. Y por último, adecuación de la cláusula accesoria al acto administrativo en cuestión. La distinción de estos dos últimos puntos no está generalizada en la doctrina¹¹¹, y veremos que su utilidad es cuestionable. Otro requisito que me parece interesante añadir consiste en que el beneficio del acto administrativo debe ser en todo caso superior al gravamen que pueda imponer la cláusula accesoria.

A) Vinculación material entre cláusula accesoria y acto administrativo.

En Derecho civil, el modo no tiene que ser de la misma naturaleza que la adquisición a que se agrega¹¹². Siguiendo la doctrina alemana, el principio de legalidad de la Administración si exige, en cambio, que cláusula accesoria y acto administrativo se encuentren relacionados en cuanto a su objeto (Sachzusammenhang). Que cláusula accesoria y acto administrativo se refieran a la misma cosa¹¹³. En todo caso quedan interdictas las cláusulas accesorias que no se

¹¹⁰ BVerwGE 56,254,261

¹¹¹ No aparece tal distinción en: KOPP, VwVfG, cit., p.577; HÖNIG, Ob.cit., p.150; WELLAS, Ob.cit., p.117; SCHACHEL, Ob.cit., p.92

¹¹² DE LOS MOZOS, voz "Modo", cit., p.547

¹¹³ En ese sentido, también GIANNINI, Ob.cit., p.554

encuentran en una relación material con el acto principal¹¹⁴. No se trata del fin de la cláusula en relación con el de la norma, sino de su objeto material mismo, aunque esta distinción no siempre está clara ni en la literatura¹¹⁵ ni en la jurisprudencia alemanas¹¹⁶. No hay conexión material, por ejemplo, cuando a una licencia de edificación se le añade el modo de colaborar en la financiación de una piscina municipal¹¹⁷. Los tribunales contencioso-administrativos alemanes exigen no sólo conexión material (Sachbezogenheit) sino también "adecuación material" (Sachgerechtigkeit), como se ve en el asunto de la presa sobre el río Iller¹¹⁸:

La Administración otorga dos autorizaciones: un permiso industrial, para la construcción de una presa, y una autorización para el aprovechamiento hidroeléctrico. Esta segunda autorización, de aprovechamiento de aguas, contiene dos cargas: modo de reversión gratuita de las instalaciones hidráulicas (Wasserbautechnische Anlagen) al término del aprovechamiento; y modo de reversión parcial (indemnización de la Administración, pero con rebaja sobre su tasación) de las instalaciones para la producción de energía eléctrica (Wasserkraftmaschinen). El Tribunal Federal considera que el primer modo es absolutamente legítimo. En cambio, en relación con el modo de reversión de las instalaciones eléctricas (turbinas) el Tribunal considera que no existe adecuación material de la carga con el acto: "...pues esta carga de reversión depreciada no se refiere al aprovechamiento de saltos de agua para la obtención de energía eléctrica, sino que sólo toma sentido cuando

¹¹⁴ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.,614

¹¹⁵ Confuso: SCHACHEL, Ob.cit., 122-123

¹¹⁶ La sentencia BVwerGE 56,254,261 dice que "Entonces es materialmente adecuado (Sachgerecht) formular el permiso de residencia mediante cláusulas accesorias que se corresponden con el fin de la estancia que se autoriza"

¹¹⁷ STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.614

¹¹⁸ BVerwGE 36,145

esta situación ha concluido"¹¹⁹.

Evidentemente que las exigencias de conexión material se desvanecen cuando dicha vinculación viene ya determinada por la norma jurídica. Así, cuando la propia norma autoriza a la Administración a fijar una carga económica en una licencia de derribo no cabe objetar falta de conexión material en la actuación de la Administración¹²⁰.

B) Adecuación de la cláusula accesoria al fin de la norma.

La exigencia de conexión material entre cláusula y acto administrativo es ciertamente un mínimo. Pero con eso no se agota la proyección del principio de legalidad sobre las cláusulas accesorias¹²¹. El segundo límite general en la admisibilidad de cláusulas accesorias es la adecuación de la cláusula al fin de la norma (Zweckbestimmung des Gesetzes). Es lo que la doctrina alemana denomina "prohibición de acoplamiento" (Koppelungsverbot). Este límite se da tanto para el acto reglado como para el discrecional, pues en ambos

¹¹⁹ ELSTER (Ob.cit., p.263) cita esta misma Sentencia como ejemplo de exigencia de "conexión causal" entre cláusula accesoria y acto administrativo. Sobre esta Sentencia se pueden hacer además dos comentarios: a) late aún la idea tradicional de que el modo está destinado a eliminar los peligros o perjuicios que surgen del disfrute de un acto administrativo favorable (y por ende, cuando el acto favorable se extingue desaparece también el peligro) b) la "adecuación material" es una valoración sobre la conexión material entre cláusula y acto; no basta sólo la coincidencia de materia, se exige además la coherencia en la misma materia. Y en suma, se trata de que acto y cláusula sirvan al mismo fin.

¹²⁰ ELSTER, Ob.cit., p.261

¹²¹ HÖNIG, Ob.cit., p.155

casos el fin del acto está predeterminado por la norma¹²²,

Se plantea en primer lugar si la cláusula accesoria debe servir al fin de la norma o por el contrario basta con que no lo contradiga. En la literatura española, GARCÍA-TREVIJANO ha sostenido que son admisibles las cláusulas accesorias que no sean incompatibles con el fin del acto discrecional. La misma tesis defendió KRÜGER en Alemania, afirmando que cada órgano administrativo debe cuidar no sólo de la competencia que ejerce, sino también de la que ejercen otros órganos administrativos. En este sentido, sería admisible que un acto administrativo persiguiera, a través de cláusulas accesorias, fines distintos a los contenidos en la norma que regula el acto administrativo en cuestión. Tal idea ha sido también acogida ocasionalmente por el Tribunal Federal Administrativo alemán¹²³. La mayoría de la doctrina alemana analiza hoy esta cuestión a partir del art. 36 III VwVfG, que reza: "Una cláusula accesoria no puede contradecir el fin del acto administrativo"¹²⁴. La opinión mayoritaria es hoy que la cláusula accesoria no sólo no puede contradecir el fin del acto (o de la norma) sino que debe servir precisamente a tal

¹²² ELSTER, Ob.cit., p.261; SCHACHEL, Ob.cit., p.96

¹²³ Afirma este Tribunal, en relación con un modo de reversión en una autorización de aguas que: "A la admisibilidad de la cláusula de reversión gratuita no puede objetarse que sólo persigue fines fiscales...En efecto, el esfuerzo del Estado en desempeñar sus labores en la medida de lo posible ahorrando costos en interés del contribuyente y a tal efecto gravando parcialmente al empresario, que por su parte puede extraer beneficios de autorizaciones a largo plazo, con cláusulas de reversión, no puede ser objetado con el argumento de que ese esfuerzo sólo sirve a intereses fiscales" (BVerwGE 36,145,151).

¹²⁴ En realidad la norma habla de fin del acto administrativo, no de la norma que lo regula, pero esta diferencia terminológica no suele ser apreciada por la doctrina, a excepción de STELKENS/BONK/LEONHARDT (Ob.cit., p.613)

fin¹²⁵. Así lo refleja hoy también la jurisprudencia alemana¹²⁶. En realidad, como señala OBERMAYER, la exigencia de adecuación de la cláusula accesorio al fin de la norma no es más que una particularización de la regla general de adecuación del contenido del acto al fin normativo¹²⁷. Esta reconducción de la exigencia de adecuación al fin del acto (o norma que regula el acto) al esquema general de los actos reglados o discrecionales hace a OBERMAYER restar importancia propia a tal exigencia¹²⁸. Pero esta misma circunstancia lleva a STELKENS a plantearse una diferente interpretación del art. 36 III VwVfG, y sobre todo a distinguir entre "fin del acto" y "fin de la norma"; ello se explica en el

¹²⁵ HÖNIG, Ob.cit., p.150 (anterior a la VwVfG); WELLAS, Ob.cit., p.117 (anterior a la VwVfG); SCHACHEL, Ob.cit., p.92; WOLFF/BACHOF, Ob.cit., p.412; KOPP (VwVfG, cit., p.579) estrecha aún más la exigencia de adecuación de las cláusulas al fin de la norma. Les atribuye una función concreta: "evitar, eliminar o aminorar las consecuencias negativas (de un acto administrativo)"; y para que se de tal adecuación es preciso además que las consecuencias negativas del acto administrativo se encuentren en una conexión causal (Kausalzusammenhang) con el contenido favorable del mismo acto administrativo. Esta misma idea se encuentra en ELSTER, quien afirma que "el beneficio (del acto administrativo) debe hacer la cláusula no sólo posible, sino también necesaria" (Ob.cit., p.262).

¹²⁶ Asunto de carga en permiso de residencia (BVerwGE 56,254, 261): el particular (nacional griego) solicita un permiso de residencia (discrecional). Este le es otorgado con el modo de no realizar actividad económica independiente. El particular impugna dicho permiso. El Tribunal considera que un modo de prohibición de actividad económica responde a los fines propios de la regulación de la residencia, no a fines ajenos; por ello dicha carga es admisible. Textualmente: "...pueden añadirse condiciones y modos que sean relevantes en cuanto a la residencia y por ello también puedan ser pretendidos en el marco del art 2.1.1 AuslG (Ley de Extranjería)".

A esta Sentencia se puede objetar que para poder afirmar la adecuación de la cláusula al fin de la norma interpreta de una forma muy extensa cuál es el fin propio de la norma.

¹²⁷ El mismo resultado, en KOPP, VwVfG, cit., p.578

¹²⁸ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.587

siguiente punto (letra C.).

La jurisprudencia española carece de un criterio unívoco. Unas veces ha afirmado con rigor la "prohibición de acoplamiento" (en relación con actos reglados)¹²⁹. Otras veces, en cambio, ha admitido generosamente dicho acoplamiento¹³⁰. En mi opinión, se puede partir del criterio de admisibilidad flexible de GARCÍA-TREVIJANO, expuesto en el párrafo anterior. Aunque con distinto alcance dependiendo del tipo de cláusula accesorio. Las cláusulas más gravosas (condición, reserva de revocación, término) deben servir precisamente al fin que la norma ha asignado al acto administrativo. El modo, en cambio, puede servir a otros fines. Pues una cláusula esencial (condición, reserva de revocación, término) que sirva a otros fines determina que el contenido del acto ya no se corresponda con el fin de la norma. Se daría entonces un caso de desviación de poder, prohibido por el art. 53.2 LRJAP. En cambio, la cláusula modal es un complemento en el contenido del acto; su inclusión no significa una alteración esencial respecto de los fines establecidos por la norma; el acto administrativo sigue siendo adecuado a los fines predispuestos por el

¹²⁹ STS 5 junio 1981 (Az.2549): "la licencia (de obras)...no puede desnaturalizarse y convertirse en medio de conseguir, fuera de los cauces legítimos, un objetivo distinto..."; en el asunto de la STS 29 mayo 1984 (Az.3149), el Ayuntamiento había "condicionado" una licencia de apertura de oficina de alquiler de vehículos sin conductor a que se presentara una lista de vehículos, con el fin de comprobar si se habían de liquidar tasas por la inspección de esos vehículos. Según el Tribunal: "ha de ser anulado el citado condicionamiento...por implicar...una manifiesta desviación de poder, utilizándose la facultad de otorgamiento de licencias para finos distintos de los previstos en el Ordenamiento jurídico, cual es el aseguramiento de la liquidación de tasas por inspección de vehículos".

¹³⁰ SSTs 28 abril 1989 (Az.3522); 22 marzo 1991 (Az.2250). Estas SSTs se vuelven a tratar más adelante.

Ordenamiento jurídico. Esta conclusión viene reforzada por el art. 4.1 b) LRJAP, según el cual cada "Administración pública" debe "ponderar", en el ejercicio de sus competencias, los intereses públicos cuya gestión está encomendada a otras "Administraciones". Esa ponderación se puede manifestar en que el acto administrativo persiga, complementariamente, fines distintos de los que típicamente dispone la norma. Pero esos fines sólo se pueden plasmar en cargas modales. De lo contrario, el órgano administrativo que incluye las cláusulas no estaría simplemente ponderando, sino ejerciendo una competencia ajena. Ciertamente que la posibilidad de perseguir fines complementarios es más adecuada al acto discrecional que al reglado. Pero no está excluida en este segundo (vid. supra II B.). Piénsese, por ejemplo, en el caso de que la cláusula accesoria sirva para evitar la posible denegación de un acto reglado, por no cumplirse una ley distinta de la que regula típicamente el acto¹³¹; en este supuesto la cláusula accesoria persigue fines distintos a los típicos de la norma que regula el acto.

Es importante distinguir entre "prohibición de acoplamiento" (Koppelungsverbot) y límites de la competencia material que ejerce un órgano administrativo. La doctrina alemana, en general, formula la "prohibición de acoplamiento" en términos muy genéricos, que en realidad pueden abarcar tanto la exigencia de adecuación de la cláusula al fin de la norma como el respeto a las reglas de competencia material¹³². Pero lo cierto es que la "prohibición de acoplamiento" puede tener un significado más preciso. Cuando una cláusula accesoria se refiere a un objeto material ajeno a la competencia de un órgano estamos ante una simple infracción de las normas que otorgan competencias. En cambio,

¹³¹ Sólo en este caso admiten WOLFF/BACHOF (Ob.cit., p.412) la inclusión de otros fines en el acto reglado.

¹³² Así, SCHACHEL, Ob.cit., pp.122-125

la prohibición de acoplamiento actúa incluso en el ámbito de competencia material propio de un órgano administrativo¹³³; a un mismo órgano pueden estar confiados diversos intereses públicos sobre una misma materia; pues bien, estas tareas no se pueden "acoplar" en una sola resolución administrativa cuando no se refieran a un mismo objeto¹³⁴.

C) ¿Adecuación de la cláusula accesoria al fin del acto administrativo?.

El Tribunal Federal Administrativo alemán menciona la exigencia de adecuación de la cláusula al acto administrativo como un requisito distinto de la adecuación de la cláusula accesoria a la norma¹³⁵. Esta distinción ha sido desarrollada por STELKENS/BONK/LEONHARDT, según los cuales la adecuación

¹³³ ELSTER, Ob.cit., p.268

¹³⁴ La jurisprudencia española no distingue entre límites de la competencia material y "prohibición de acoplamiento". Consecuentemente, permite que un órgano administrativo incluya cláusulas en un acto siempre que estén dentro de sus atribuciones, sin más examen de la relación material entre acto administrativo y cláusula accesoria. En STS 28 abril 1989 (Az.3522) una licencia urbanística, para la extracción de áridos, contiene una cláusula por la que se limita el ámbito territorial en que se pueden utilizar los áridos extraídos; el TS considera que la cláusula es legítima, por hallarse dentro del ámbito competencial del Municipio. Y más claro es el caso de la en STS 22 marzo 1991 (Az.2250): una licencia municipal para captación de agua (movimiento de tierras) se había otorgado con la condición de que el agua de la posible extracción no se exportase fuera del Municipio; el TS considera legítima la condición, en virtud de las competencias municipales sobre el agua potable. Parece claro que en este caso se acoplan dos competencias municipales sin un mismo objeto material; pues la licencia de sondeo tiene por objeto el movimiento de tierras, mientras que la condición de no exportación tiene por objeto el abastecimiento de agua potable.

¹³⁵ BVerwGE 56,254,261

de la cláusula al fin de la norma sería una cuestión de discrecionalidad, de ejercicio de la oportunidad administrativa de acuerdo con la norma que la regula (y por tanto, cuestión del art. 40 VwVfG). En cambio la adecuación de la cláusula al acto (y tal es el tenor literal del art. 36 III VwVfG, transcrito supra B.) sería una exigencia de coherencia interna dentro de la resolución, supondría que las cláusulas accesorias no pueden impedir o dificultar el fin al que se dirige cada acto administrativo en concreto¹³⁶. En mi opinión, esta distinción es inútil. Nuestro artículo 53.2 LRJAP exige que el contenido de los actos administrativos sea adecuado a los fines de éstos; no se distingue entre fin del acto y fin de la norma que regula el acto; y es que cuando una cláusula accesoria contradice el fin del acto también está contradiciendo el de la norma, y viceversa.

D) Relación entre el efecto favorable del acto y restricción de la cláusula accesoria.

El contenido restrictivo de una cláusula accesoria no puede ir más allá del contenido favorable del acto. Este principio está acuñado en Derecho de subvenciones a partir de la "Saldotheorie"¹³⁷. El problema de este límite es su dificultad de aplicación. Pues las cláusulas accesorias no siempre son elementos cuantificables. Así ocurre especialmente con el modo, cuyo carácter relativamente independiente dentro del acto lo hace de difícil confrontación con el contenido favorable del acto.

¹³⁶STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.613

¹³⁷ BLECKMANN, Ob.cit., p.100; SCHLEICH, Ob.cit., p.238

VI. ¿Actos administrativos que por naturaleza no admiten cláusulas accesorias?

En Derecho romano se identificaba un tipo de actos ("actus legitimi"), que no admitían ningún elemento accidental¹³⁸. La doctrina civil sigue afirmando hoy la existencia de actos donde las exigencias de certeza jurídica impiden la inclusión de cláusulas accesorias (negocios de derecho de familia, los relativos al status o condición de las personas)¹³⁹. Con estos precedentes civiles, el Derecho administrativo también se ha planteado la existencia de sectores de la actuación administrativa o tipos de actos administrativos donde fuera imposible la inclusión de determinaciones accesorias o modulaciones¹⁴⁰. Serían ámbitos en los que la propia naturaleza de la actuación, sin necesidad de precisión normativa al respecto, excluiría la cláusula accesoria. Este planteamiento ha sido criticado con argumentos de estricta legalidad: la estructura de un acto administrativo (y por tanto la admisibilidad de cláusulas accesorias) es una creación de la norma jurídica; es la norma, y no la materia o el tipo ideal de acto, la que determina que las cláusulas accesorias sean o no admisibles¹⁴¹. La crítica se puede asumir. Pero junto a ello se puede aceptar también que la materia de que se trate o el tipo de acto son un criterio interpretativo de la norma jurídica, cuando ésta carece de más precisiones. Los supuestos en que, en principio, no se podrían admitir las

¹³⁸ ALVAREZ SUAREZ, Ob.cit., p.18 (Hace referencia a un texto de PAPINIANO en Digesto 50,17,77)

¹³⁹ MONTES, Ob.cit., pp.1009-1010

¹⁴⁰ KORMANN, Ob.cit., p.152; VILLAR, La intervención...cit., p.365

¹⁴¹ HÖNIG, Ob.cit., p.178

cláusulas accesorias serían los siguientes:

a) Actos creadores de status jurídico¹⁴². Es el caso del otorgamiento de nacionalidad, nombramiento de funcionarios o militares¹⁴³. En realidad no se puede hablar de una exclusión absoluta de las cláusulas accesorias; más bien se trata de aplicar un criterio restrictivo que se basa en dos derivados del Estado de Derecho: 1) Por el principio de seguridad jurídica la posición misma del individuo ante el Estado debe ser en principio estable. Ello afecta tanto a las cláusulas que determinan la duración de efectos de un acto (condición, término, cláusula de revocación) como a las cargas modales (ya que éstas, en última instancia, también puede llevar a la extinción del acto administrativo) 2) Por el principio de protección de la confianza legítima se trata de proteger la estabilidad del status, ya que este es fundamento de otros muchos actos y disposiciones del individuo que ha confiado en la estabilidad de su situación jurídica primaria¹⁴⁴.

b) Actos de comprobación (Feststellende Verwaltungsakte). La explicación de la exclusión de cláusulas accesorias en estos actos es diversa. Para KORMANN el argumento era doble¹⁴⁵: por la comparación del acto de comprobación con los "actus legitimi" del Derecho civil, que no admiten determinaciones accesorias, y por la comparación con las sentencias, que

¹⁴² WOLFF/BACHOF, Ob.cit., párr. 49 II a) ; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., art.36, párr. 27; SCHACHEL, Ob.cit., p.128

¹⁴³ En contra HÖNIG (Ob.cit., p.178), quien señala que existen nombramiento de funcionarios sometidos a cláusula revocatoria y nombramientos militares temporales (incluso la simple prestación de servicio militar).

¹⁴⁴ SCHACHEL, Ob.cit., p.128

¹⁴⁵ KORMANN, Ob.cit., p.152

tampoco admiten modulaciones de contenido, sólo aplican el Derecho. JUNG fundamenta la misma conclusión en la falta de discrecionalidad administrativa suficiente para incluir cláusulas accesorias¹⁴⁶. Pero esta explicación deriva la cuestión hacia un tema distinto: la estructura de la norma jurídica y el margen de discrecionalidad que otorga; una cuestión es la configuración normativa de un acto y otra la fijación de criterios de interpretación (por la materia, tipo de acto...) sobre la admisibilidad de cláusulas accesorias en el acto.

c) Actos administrativos con eficacia en relaciones jurídico-privadas (Privatrechtgestaltende Verwaltungsakte). Se trata ahora de autorizaciones de la Administración de cuya existencia depende la eficacia (no la validez¹⁴⁷) de un negocio jurídico inter-privatos. KORMANN calificaba estos supuestos como ejemplo de "actus legitimi" por lo que desechaba la posibilidad de cláusulas accesorias¹⁴⁸. Ciertamente que la posibilidad de incluir cláusulas accesorias supone aceptar que en algún momento la autorización administrativa del negocio privado puede devenir ineficaz (por llegada del termino final, cumplimiento de condición, revocación por incumplimiento de modo). Y si la autorización deviene ineficaz, lo mismo habría de ocurrir con el negocio privado autorizado; tal solución infringe el principio de seguridad jurídica (en este caso en las relaciones entre particulares), por lo que es rechazable. En todo caso, el condicionamiento de la autorización es inadmisibile si de por sí el negocio jurídico autorizado no es

¹⁴⁶ JUNG, Die Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte (tesis doctoral multicopiada), Mainz, 1956, pp. 9 y 105

¹⁴⁷ HÖNIG, Ob.cit., p.180

¹⁴⁸ KORMANN, Ob.cit., p.152

susceptible de condicionamiento¹⁴⁹.

Con estos supuestos se cierra la lista de actos típicamente refractarios a las cláusulas accesorias. SULSER había incluido también los actos constitutivos de un derecho, como la concesión de aguas¹⁵⁰. Este criterio no se puede aceptar; es precisamente en la concesión demanial donde con más claridad se debe aceptar la inclusión de cláusulas accesorias.

VII. Ilegalidad intrínseca de la cláusula accesoria.

Una cláusula accesoria puede ser ilícita no sólo en su valoración desde el acto administrativo en que se inserta, la ilicitud puede encontrarse también el contenido mismo de la cláusula accesoria. Así se plantean los siguientes supuestos:

a) Cláusula accesoria de contenido imposible.

Esta cláusula está viciada de nulidad radical, según el criterio del art. 62.1 c) LRJAP. Pero ello no significa sin más que también sea nulo el acto administrativo en que se inserta. Los efectos de la cláusula accesoria nula dependen de su grado de importancia en el conjunto del acto administrativo (vid infra Cap.15 II B).). En Derecho alemán se reconoce escasa eficacia invalidante a la cláusula accesoria imposible. El art. 44 II 4 VwVfG sólo declara la nulidad radical de un acto cuando "por razones materiales

¹⁴⁹ HÖNIG, Ob.cit., p.181

¹⁵⁰ SULSER, Ob.cit., pp.54 y ss.

nadie puede llevarlo a cabo"¹⁵¹; no basta con la imposibilidad de una cláusula, está debe impedir materialmente la eficacia del acto administrativo. En esta situación acepta ELSTER que una condición suspensiva imposible determine la ineficacia indefinida del acto (pero no la nulidad) y que una condición resolutiva imposible no afecte en lo más mínimo a la eficacia del acto¹⁵².

b) Cláusula accesoria de contenido ilegal.

Se trata ahora de que la cláusula accesoria (fundamentalmente, condición potestativa y modo) disponga algo que en sí mismo es contrario al Ordenamiento jurídico, independientemente de los límites de la norma que regula cada acto administrativo. Se pueden dar dos casos¹⁵³: La cláusula accesoria exige un comportamiento ilegal; la cláusula accesoria exige un comportamiento que está regulado de forma diferente por otra ley. En estos casos la cláusula accesoria será, con carácter general, anulable; la nulidad de pleno derecho quedaría limitada a los supuestos en que el contenido de la cláusula constituya infracción penal, o se dicte como consecuencia de ésta (art.62.1.d) LRJAP) y cuando la cláusula accesoria lesione el contenido esencial de un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional (art.62.1 a) LRJAP). Aquí también, como en el epígrafe anterior, la nulidad o anulabilidad tendrá diferentes consecuencias jurídicas sobre la validez del conjunto del acto, dependiendo del tipo de cláusula de que se trate.

¹⁵¹ Si bien los supuestos de nulidad del art. 44 II VwVfG tiene sólo carácter ejemplificativo.

¹⁵² ELSTER, Ob.cit., p.250

¹⁵³ ELSTER, Ob.cit., p.254

c) Indeterminación de la cláusula accesoria

El art. 53.2 LRJAP exige que el contenido del acto administrativo sea "determinado". Este requisito legal también es aplicable a la cláusula accesoria. La indeterminación puede ser tratada como un vicio de nulidad radical (por ser una cláusula de cumplimiento imposible). La denominación errónea de una cláusula no significa irremediablemente indeterminación, siempre que de su contenido claramente así se pueda interpretar¹⁵⁴. Para las consecuencias jurídicas de la posible invalidez véase infra Cap.15 II B).

¹⁵⁴ ELSTER, Ob.cit., p.249; SIMON (Ob.cit., art.74, párr.43) admite que la cláusula accesoria no conste expresamente en el texto del acto, sino como una corrección en el proyecto técnico presentado por el particular al solicitar una licencia de edificación.

CAPITULO 11:
OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

La licitud de las cláusulas accesorias no se agota en el principio de legalidad. Pues de ser así, una previsión general de cláusulas accesorias en la ley de procedimiento administrativo (como es el caso del art. 36 VwVfG, para Alemania, y del art. 121 CPAP, para Portugal) haría lícitas, sin más, todas la cláusulas accesorias. Más allá de la legalidad, las cláusulas accesorias están sometidas a la constitucionalidad¹. La regulación que del Estado hace la Constitución no se acaba en el principio de legalidad. Ni siquiera éste es el único componente del Estado de Derecho. También forman parte del Estado de Derecho los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica; así como el sometimiento del poder público a los derechos fundamentales². Todos estos principios encauzan la facultad administrativa de incluir cláusulas accesorias, tanto en actos reglados como discrecionales. Pero, claro es, todos estos principios constitucionales no actúan de forma independiente; la estructura constitucional exige la "concordancia práctica" de sus mandatos, a lo cual se llega con una "ordenación proporcional" de los bienes constitucionales³. Se trata de llegar a un resultado posible y ponderado en la aplicación de los principios normativos constitucionales.

¹ LEISNER, Die Lenkungsauflage, Stuttgart, 1982, p.13

² VON MÜNCH/EHLERS, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines...cit., pp.77-86

³ HESSE, Ob.cit., párrafos 317-318

I. Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad tiene en nuestro Ordenamiento un reconocimiento preconstitucional, en el Derecho positivo (así, en el art. 6.2 RSCL), o siquiera como principio general del Derecho. El principio de proporcionalidad forma parte de la imagen preconstitucional que se tiene de un Estado de Derecho⁴. Por ello, con la positivación del Estado de Derecho en la Constitución (art.1.1 CE)⁵, el principio de proporcionalidad cobra fuerza de norma jurídica⁶. Su aplicación no es ya como principio general del Derecho, sino como Derecho. La normatividad del principio de proporcionalidad deriva directamente del reconocimiento del Estado de Derecho, si bien varias de sus manifestaciones están mencionadas expresamente por la Constitución⁷.

⁴ HESSE, Ob.cit., párr.185

⁵ A diferencia de la Constitución alemana, donde el principio de Estado de Derecho es más bien "inducido" a partir del art. 20 III.

⁶ LÓPEZ GONZÁLEZ, El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988, p.61.

⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ menciona el Estado de Derecho, pero no deduce directamente de aquí el principio de proporcionalidad (Vid, Ob.cit. p.77), sino que lo basa en el principio de objetividad (art.103.1 CE) y en el art. 106.1 CE: "...sometimiento de ésta (de la actuación administrativa) a los fines que la justifican" (En el mismo sentido: STS 17 junio 1989, Az.4730; STS 17 julio 1989, Az.5830), así como en el principio de interdicción de la arbitrariedad (Ob.cit., pp.77-78)

A) Aplicación del principio de proporcionalidad a las cláusulas accesorias.

La proporcionalidad es lo que el TC denomina "juicio de razonabilidad entre la finalidad perseguida y el medio utilizado"⁸. Pero esta valoración de fines y medios se puede realizar en tres fases⁹, conforme a ellas voy a analizar la inclusión de cláusulas accesorias en actos administrativos, tanto discrecionales como reglados¹⁰. Así:

a) La cláusula accesoria ha de ser adecuada al objetivo propuesto (Geeignetheit)¹¹. En mi opinión este subprincipio es lo que está positivado en los arts. 106.1 CE y 84 LBRL. A partir de este subprincipio se puede afirmar que cuando en el acto reglado la cláusula accesoria pretende evitar una denegación, esa cláusula debe servir precisamente para conseguir que el particular cumpla con todos los requisitos de la Ley. La cláusula accesoria será desproporcionada, por inadecuada, cuando impone un gravamen con el que no se consigue asegurar el cumplimiento de los requisitos legales que no concurren en el momento de la solicitud¹².

⁸ STC 108/84, 26 de noviembre, FJ 4; Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, Ob.cit., p.20.

⁹ WOLFF/BACHOF, Ob.cit. Cap. 30 II b 1; DEGENHART, Staatsrecht...cit., p.141; VON MÜNCH/EHLERS, Ob.cit., Cap.3, párr.65

¹⁰ Según JARASS/PIEROTH (Ob.cit., p.385), en los actos reglados sólo procederá la aplicación del principio de proporcionalidad cuando a la Administración se le ha concedido un "margen de valoración" (Beurteilungsspielraum); en sentido similar: DEGENHART, Staatsrecht...cit., p.144. Arriba ha quedado expuesto, sin embargo, que la norma reglada también admite un juicio de proporcionalidad en su aplicación al caso concreto.

¹¹ La exigencia de "adecuación", en STC 66/1991, FJ 2.

¹² ELSTER, Ob.cit., p.257

b) La cláusula accesoria aun siendo adecuada, debe ser exigible (Erforderlichkeit)¹³. Entre las varias medidas adecuadas posibles se debe elegir aquélla que menos sacrificio suponga para los ciudadanos: principio de intervención mínima (Geringstmöglicher Eingriff), contenido en el art. 6.2 RSCL¹⁴.

c) Que la cláusula accesoria, siendo adecuada y exigible, resulte además de mayor rango en una ponderación de bienes jurídicos en juego (Proportionalität)¹⁵. Esta ponderación de bienes jurídicos tiene dos partes¹⁶:

aa) Ponderación abstracta (entre el interés público perseguido por la norma y el interés privado que resulta afectado). En este sentido, cláusulas gravosas sólo son proporcionales a fines de especial importancia¹⁷. Como criterio objetivo de ponderación abstracta actúa el grado de reconocimiento constitucional de los distintos derechos

¹³ El TC habla de restricciones "indispensables" (S. 66/1991, FJ 2)

¹⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, Ob.cit., p.20. Este subprincipio es el que en mi opinión aplica la STS 1 junio 1978 (Az.2729). En el caso, la Administración había otorgado una licencia para la construcción de buhardilla en edificio afectado por servidumbre de carreteras. Pero con una cláusula según la cual el Ayuntamiento podía decidir la demolición de la totalidad del edificio sin indemnización. Según el TS se da aquí "desproporcionalidad entre lo que es objeto de la licencia (la obra nueva de construcción de una planta abuhardillada) y el alcance de la carga que por ello se impone (renuncia a la total indemnización que en su día pudiera corresponderle por derribo)". Los paréntesis son originales.

¹⁵ Cfr: STC 104/86, 17 julio, FJ 5; STC 168/86, 22 diciembre, FJ 3; un ejemplo de ponderación, para la inclusión de un término en concesión: STS 5 mayor 1993 (Az.3394)

¹⁶ DEGENHART, Staatsrecht...cit., pp.143/144

¹⁷ ELSTER, Ob.cit., p.258

fundamentales y valores acogidos por la Constitución (Así por ejemplo, el derecho a la protección de la salud -art 43.1 CE- contiene un bien jurídico menos protegido que la libertad de empresa -art.38 CE-).

bb) Y en segundo lugar, la ponderación concreta de bienes jurídicos, que hace referencia a la intensidad con la que un bien jurídico resulta afectado en beneficio de otro. Resulta así, cohonestando ambos criterios de ponderación, que un bien jurídico más protegido (por ejemplo, el derecho de propiedad) puede ser afectado por otro de inferior rango (como el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado) cuando la intensidad de sacrificio de un bien es pequeña, en comparación con el robustecimiento que para el otro bien jurídico supone¹⁸. Habría desproporción (relativa), por ejemplo, al imponer un modo de protección de tercero que exija fuerte inversión, cuando el posible perjuicio a tercero es de escasa entidad¹⁹.

B) La elección del tipo de cláusula accesorias

En ocasiones la norma obliga a la Administración a imponer una cláusula determinada. O también la ley puede facultar a la Administración a incluir un tipo concreto de cláusula, esa y no otra. En estos casos no se plantean problemas de selección de la cláusula accesorias, pues esta decisión ya se encuentra en la ley. Pero en otros casos la

¹⁸ STC 64/82, 4 noviembre, FJ 8: "...La protección del medio ambiente y el desarrollo del sector económico minero. Ello supone ponderar en cada caso la importancia para la economía nacional de la explotación minera de que se trata y del daño que pueda producir al medio ambiente, y requiere también entender que la restauración exigida podrá no siempre ser total y completa, sino que ha de interpretarse con criterio flexible".

¹⁹ BREUER, Ob.cit., p.169

norma no precisa cuál es la cláusula accesoria que debe o puede imponer la Administración. La elección de la cláusula accesoria es entonces interpretación de un concepto normativo indeterminado o ejercicio de un poder discrecional²⁰. El principio fundamental que encauza la elección de la cláusula accesoria es la proporcionalidad. Para la aplicación de este principio se puede formular una escala de cláusulas accesorias, de más a menos gravosas:

a) Condición suspensiva. Aquí la cláusula paraliza totalmente los efectos del acto, hasta la llegada de un hecho futuro, que ni siquiera se sabe si va a tener lugar.

b) Término inicial. Los efectos del acto administrativo se posponen en el tiempo, pero este efecto no se prolonga indeterminadamente, sino que tiene límites precisos.

c) Término final. Aquí la extinción del acto administrativo, caducidad, está ya predeterminada en el mismo. El comportamiento del particular no puede evitar la extinción del acto.

d) Condición resolutoria. El acto comienza a generar efectos, pero si llega el acontecimiento futuro e incierto (por ejemplo, no se cumple con lo mandado por una cláusula potestativa) la Administración debe declarar la caducidad del acto.

e) Reserva de revocación. La posible extinción del acto depende de una decisión discrecional de la Administración. Si bien en ciertos casos (art.16.1 RSCL) la Administración "debe" revocar cuando cambian las circunstancias objetivas.

²⁰ Según SELLNER (Ob.cit, p.236) el grado de discrecionalidad de la Administración en la elección del concreto tipo de cláusula es mayor que en la decisión de si se incluye o no una cláusula accesoria.

En ocasiones se discute la posición de la reserva de revocación en relación con el término final y con la condición resolutoria. En mi opinión, la condición resolutoria es más gravosa que la reserva de revocación²¹. Y también el término es más gravoso que la reserva de revocación²².

f) Reserva de modificación. La Administración está facultada para alterar parcialmente el contenido esencial del acto. Pero esa alteración no llega a ser extinción del acto.

g) Modo. Aquí el particular resulta obligado a un determinado hacer, no hacer o soportar. Pero del incumplimiento de esa obligación ya no se hace depender, salvo supuestos extremos, la eficacia del acto administrativo. Lo normal ante un incumplimiento de modo es la ejecución forzosa del mismo, no la revocación. En todo caso, el modo es siempre una cláusula menos gravosa que la

²¹ En el mismo sentido, SIMON, Ob.cit., art.74, párr.49a. En cambio, según WELLAS (Ob.cit., pp.102-103) la reserva de revocación es más gravosa que la condición resolutoria, por cuanto la reserva genera inseguridad jurídica sobre la extinción del acto, mientras que la condición resolutoria reduce esa incertidumbre en torno a un determinado acontecimiento. A ello se puede contestar que también la reserva de revocación debe estar referida a situaciones fácticas concretas; y que, en todo caso, la reserva de revocación es una facultad administrativa discrecional y fiscalizable, en cambio, la caducidad por cumplimiento de condición resolutoria es un efecto decidido por la ley -salvo supuestos excepcionales-. Y por último, que el ejercicio de la reserva de revocación puede ir acompañada de indemnización, lo que es impropio de la caducidad por incumplimiento de condición resolutoria.

²² Vid. supra, Cap.3 V. En contra: WELLAS (Ob.cit., p.103), quien sostiene que la reserva de revocación es más gravosa que el término, porque la reserva genera una situación de pendencia impropia del término. Frente a ello, parece claro que un acto de caducidad obligatoria favorece menos que un acto que puede ser revocado. Y la llegada del término no supone nunca indemnización.

condición resolutoria²³

II. Seguridad jurídica

Del principio constitucional de seguridad jurídica (art.9.3 CE) deriva la exigencia de "determinación" del acto administrativo, expresamente positivada en el art.53.2 LRJAP²⁴. Concreciones de este principio son:

- La cláusula accesoria ha de estar formulada con claridad²⁵.

- La cláusula accesoria no puede simplemente repetir el contenido de la ley o reproducir los conceptos normativos indeterminados de ésta²⁶.

- La Administración debe incluir tipos concretos de cláusulas accesorias, o calificarlas de acuerdo con el sistema conceptual (tradicional) expuesto²⁷. La formación de nuevos tipos de cláusulas "ad hoc" crea inseguridad jurídica sobre sus posibles efectos. No se trata de fidelidad dogmática a un sistema conceptual formal, sino exigir seguridad jurídica en la determinación de la situación del particular.

²³ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.344; EHLERS, Ob.cit., p.373; SIEDER/ZEITLER, Ob.cit., art.4, p.5

²⁴ Con el mismo contenido: art. 37 I VwVfG

²⁵ SCHLEICH, Ob.cit., p.239

²⁶ SELLNER, Ob.cit., párr.238

²⁷ Según WEYREUTHER (Ob.cit., p.233), el poder discrecional de incluir cláusulas accesorias ha de ejercerse en el marco de los tipos conceptuales tradicionales.

- Un mínimo de determinación es, en todo caso, que la cláusula accesoria figure expresamente en el texto del acto²⁸

III. Sometimiento a los derechos fundamentales.

La Constitución vincula a todos los poderes públicos (art.9.1 CE). Este principio viene especialmente reforzado en relación con los derechos fundamentales (art.53.1 CE)²⁹. Es así que la facultad administrativa de incluir cláusulas accesorias ha de ser acorde con el catálogo de derechos fundamentales de la CE. Esta norma constitucional se articula en realidad a través del principio de proporcionalidad, pues de lo que se trata no es tanto de no afectar a los derechos fundamentales, como de no limitarlos en exceso, desproporcionadamente, y de hacer todos ellos compatibles entre sí. Como vimos más arriba, la aplicación del principio de proporcionalidad (en sentido estricto) se hace en relación con bienes jurídicos concretos (así, con derechos fundamentales). Consecuentemente, la protección de los derechos fundamentales es una cuestión de ponderación en el caso concreto, de proporcionalidad. Ello no impide que a continuación se analice individualizadamente la relación de las cláusulas accesorias con concretos derechos fundamentales.

En relación con los actos discrecionales cabe una pregunta, ¿Como puede una cláusula accesoria, por muy gravosa que sea, afectar a un derecho fundamental del particular, dado que el acto discrecional siempre da algo a lo que no se tiene derecho? Se diría, en este sentido, que si el

²⁸ En contra, STS 22 diciembre 1978 (Az.4587): "Sin que sea necesario que en el acto o acuerdo del otorgamiento figure esta determinación accesoria de voluntad de forma explícita".

²⁹ GARCÍA DE ENTERRIA, La Constitución...cit., p.73

particular no quiere ver limitados sus derechos fundamentales le basta con no aceptar el acto discrecional con cláusulas gravosas. En mi opinión, hay que reconocer al particular la facultad de transigir en sus derechos fundamentales, pero ni ilimitadamente ni en relación con todos ellos (vid. infra Cap.12 II B) b).). Pero también es cierto que nuestra Constitución reconoce una dimensión objetiva de los derechos fundamentales³⁰: éstos no son sólo poderes jurídicos del ciudadano, sino también normas objetivas que rigen la actuación de la Administración (cfr.art. 9.2 CE). Según ello, una cláusula accesoria puede ser ilícita, por desproporcionadamente contraria a un derecho fundamental, aun cuando el receptor del acto obtenga, globalmente, un efecto beneficioso³¹.

Los concretos derechos fundamentales que se pueden traer a colación son:

A) Por el derecho a la igualdad (art.14.CE) no se pueden imponer cláusulas accesorias a un sólo particular³². Ello, claro está, siempre que no haya una razón objetiva y razonable para imponer esa cláusula accesoria.

³⁰ GALLEGO ANABITARTE, Derechos fundamentales...cit., p.25

³¹ LEISNER (Die Lenkungsauflage, cit., p.55) plantea de otra forma el sometimiento de una cláusula modal a los derechos fundamentales. Afirma el autor que el modo es un acto independiente, de gravamen, y entonces, al no haber una valoración de conjunto con el acto favorable, podrá analizarse directamente la relación de dicho gravamen con los derechos fundamentales. No comparto esta explicación, pues en este estudio he sostenido el carácter no independiente de la cláusula modal (vid. supra Cap.5 I C) y D).)

³² STS 8 julio 1989 (Az.5592); vid. también FABREGAT, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.284; en Derecho alemán: ELSTER, Ob.cit., p.256 y SCHLEICH, Ob.cit. p.239 (En relación con el art. 3 I GG: Gleichheitsgrundsatz); LEISNER, Die Lenkungsauflage, cit., p.57

B) La libertad de empresa (art.38 CE) impide que la cláusula accesoria pueda limitar (desproporcionadamente) la libertad de decisión económica del empresario (concesionario, subvencionado...). La gestión de la empresa es facultad del particular, que no debe ser restringida, en principio, por una cláusula accesoria. Veamos varios supuestos.

aa) Una cláusula (modal) sobre el nivel de retribuciones a los trabajadores en una empresa (por ejemplo, que los trabajadores de una empresa subvencionada no resulten mejor retribuidos que los empleados al servicio del Estado) afecta a la libre decisión empresarial, pues el nivel de retribuciones es relevante para la selección del personal o para la calidad del producto³³.

bb) Una cláusula que vincule la actuación económica del particular al plan económico (financiero y de objetivos) presentado y aprobado por la Administración. La exigencia de una vinculación férrea a ese plan puede suponer una restricción desproporcionada de la libertad de decisión empresarial³⁴.

cc) Una cláusula que exija del empresario el cumplimiento de normas aplicables a la Administración. Por ejemplo, la aplicación de los criterios de contratación preferenciales (minusválidos, etc), o criterios de preferencia para contrataciones públicas en ejecución de directivas comunitarias, en principio sólo aplicables a la Administración. Este tipo de cláusula modal reduce desproporcionadamente la libertad decisoria del empresario³⁵.

³³ SCHLEICH, Ob.cit., p.242 (en relación con el art. 2 I GG: principio de libertad, aplicado a la esfera económica).

³⁴ SCHLEICH, Ob.cit., p.240

³⁵ SCHLEICH, Ob.cit., p.241

dd) Una cláusula que obligue a un subvencionado a no formar reservas de capital. Esta obligación modal condiciona la liquidez de la empresa y cualquier plan futuro de inversiones³⁶, lo cual es inadmisibles el marco del art.38 CE.

ee) Una cláusula que obligue al particular a contratar un seguro de responsabilidad civil (prevista, por ejemplo, en el art.6 RD.833/88, para las autorizaciones de residuos tóxicos) puede afectar desproporcionadamente a la libertad de empresa, cuando la solvencia económica de la empresa está asegurada.

C) El derecho de propiedad (art.33 CE) limita la facultad de la Administración de imponer gravámenes patrimoniales. La facultad de goce, componente del derecho de propiedad, no puede limitarse hasta el límite de que el particular disfrute de sus bienes como si fuera un gestor de intereses públicos³⁷. Ciertamente es que en las cláusulas accesorias se puede concretar la función social de la propiedad³⁸, pero no es lícito que esa función social llegue a absorber, minimizar o poner en riesgo de extinción la situación patrimonial particular³⁹.

³⁶ SCHLEICH, Ob.cit., p.241

³⁷ SCHLEICH, Ob.cit., p.239 (en relación con el art.14 GG)

³⁸ SCHLEICH, Ob.cit., p.240

³⁹ Puede afectar al derecho de propiedad una cláusula que prohíba al particular la contratación de seguros privados. Esta cláusula puede servir para evitar que un subvencionado, por ejemplo, desvíe fondos públicos hacia otras empresas. Pero el resultado puede ser excesivamente gravoso para la empresa, pues puede obligar a la empresa a responder con propio patrimonio frente a cuantiosas indemnizaciones por daños (SCHLEICH, Ob.cit., p.242).

CAPITULO 12: ¿VOLENTI NON FIT INIURIA?

I. Consentimiento del particular conforme a la ley

La voluntad del particular es relevante en relación con las cláusulas accesorias del acto administrativo. Los actos administrativos favorables, por lo general, necesitan de la colaboración del particular (Mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte)¹. Esta colaboración se puede dar dentro o fuera de la norma:

A) En ocasiones la norma exige que haya consentimiento del particular para incluir una cláusula accesoria. Mientras no se consiente en la cláusula no es eficaz el acto. Estamos ante "actos necesitados de aceptación" (Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte)². En estos casos la aceptación del particular es requisito de eficacia. Así

¹ WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.48 III. En esta colaboración del particular se da una adaptación típica del Derecho Público: la voluntad del particular ya no es conformadora del acto, sino momento procedimental (KRAUSE, Die Willenserklärungen...cit., p.299)

² WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap. II, "vor" a), p.403. Sigo la terminología de WOLFF/BACHOF, que aunque no es la única, si es la más frecuente (Por ejemplo, en WEIDES, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 2.Ed., München, 1981, p.99). Pero ya digo que no es la única. Para WOLFF/BACHOF existe un supraconcepto de "actos necesitados de colaboración" (Mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte), que engloba los "actos necesitados de aceptación" (Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte) y los "actos por sometimiento" (Verwaltungsakte auf Unterwerfung). En cambio, FORSTHOFF (Ob.cit., p.212) designa con la expresión "actos necesitados de colaboración" (Mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakte) sólo lo que para WOLFF/BACHOF eran "actos necesitados de aceptación" (Zustimmungsbedürftige Verwaltungsakte).

ocurre, por ejemplo, en la licencia de obras con reserva de revocación del art. 136.1 LS. La reserva de revocación ha de ser aceptada por el propietario una vez otorgada la licencia (que él mismo ha solicitado)

B) Otras veces la Administración exige que el particular asuma algún gravamen, que consienta en alguna cláusula, para que sea dictado un acto administrativo . Al sometimiento del particular se condiciona la perfección del acto jurídico. Son los denominados "actos administrativos por sometimiento" (Verwaltungsakte auf Unterwerfung). Este consentimiento, o sometimiento, del particular se puede presentar de dos formas:

a) En ocasiones la ley exige que el particular asuma ciertas obligaciones para que la Administración pueda dictar un acto. Así ocurre con las dispensas urbanísticas de los arts. 40.1 c) y 41.1 c) RGU, para el caso de que la licencia de edificación aún no pueda ser otorgada por no concurrir los requisitos legales (terrenos con condición de solar). La norma autoriza entonces a la Administración a otorgar una licencia de edificación con dispensa (autorización discrecional) y fija para ello como requisito que el particular se comprometa en la solicitud de dispensa a realizar edificación y urbanización simultáneamente y a no utilizar la construcción hasta la total conclusión de la urbanización³. Aquí el consentimiento del particular (asunción de compromisos) es exigencia legal para que la Administración pueda dictar un acto discrecional. Pero quien permite a la Administración otorgar la dispensa no es el consentimiento del particular, sino la norma.

b) Otras veces ocurre que el particular consiente la

³ En este caso dice LÓPEZ PELLICER (Ob.cit.,p.77) que la licencia tiene un cierto "carácter paccionado"

inclusión de una cláusula accesorio no prevista en la ley y gravosa para sus derechos o intereses. Aquí hay que plantearse si, por ejemplo, la renuncia expresa del particular permite a la Administración incluir una cláusula de precario en un acto cuya revocación, según la ley, ha de ser con indemnización. A estos supuestos dedico en siguiente epígrafe.

II. Aceptación de cláusulas no conformes con la ley y gravosas para el particular.

A) Planteamiento.

La posibilidad del "sometimiento" está aceptada en Derecho administrativo clásico⁴. Se niega de esta forma la

⁴ Según OTTO MAYER :

"...También se puede dictar un acto administrativo sin autorización de la ley sobre la base del consentimiento del interesado. La reserva de Ley, tal y como está formulada para los así llamados derechos de libertad, se entiende en beneficio del particular y actúa en su provecho; una violación de esta reserva en su perjuicio es un ilícito contra él. Pero se negaría la libertad misma si se entendiera esta protección de forma incondicionada; debe seguir existiendo una facultad de renunciar del protegido...En este sentido, las reservas constitucionales -que impiden el gravamen sin ley- contienen tácitamente la cláusula: a no ser que el interesado preste su consentimiento en forma válida" (OTTO MAYER, Deutsches...I, cit., p.98)

La doctrina ha relacionado esta afirmación de OTTO MAYER con las teorías pactistas sobre el poder del Estado (Vid. SACHS, "Volenti non fit iniuria", VerwA. 76 (1985), p.413, que conecta esta afirmación de OTTO MAYER con las teorías del Estado de KANT y LOCKE). Los ciudadanos serían los creadores del poder al Estado. Si existe reserva de ley (para derechos fundamentales) es porque los individuos no han querido dar al Estado un poder ilimitado, han preferido reservarse ese poder en el Parlamento. Pero cada individuo sigue siendo dueño de sus designios, sigue siendo libre. Y por ello puede, por

máxima "ius publicum privatorum pactis mutari nequit"⁵ y se afirma un apotegma civil del Derecho común: "volenti non fit iniuria"⁶. KORMANN aplicó este planteamiento a las cláusulas accesorias del acto administrativo⁷. De una u otra forma siempre estaba presente la idea de que mediante la forma contractual el particular puede asumir obligaciones que la ley no autoriza a la Administración a imponer unilateralmente⁸. Doctrina más reciente también admite que mediante el consentimiento del beneficiado se pueden incluir cláusulas accesorias no permitidas por la Ley⁹.

En la jurisprudencia española se ha planteado si en los casos de "sometimiento" se debe aplicar el principio "venire contra factum proprium non valet". El supuesto típico sería: el particular acepta varias cláusulas, en su perjuicio, para así conseguir que se dicte un acto. Y una vez dictado el acto su receptor pretende ante los Tribunales la anulación de la cláusula gravosa. Ante estos casos la jurisprudencia no es

ejemplo, renunciar a la reserva de ley, en la medida en que ésta pudiera beneficiarle.

⁵ Digesto: 2,14,38 (según cita de DE CASTRO, Las condiciones generales y la eficacia de las leyes, 2.Ed., Madrid, 1985, p.64, nota 8)

⁶ SACHS, "Volenti...,cit.,p.398-399

⁷ KORMANN, Ob.cit., pp.39,145, y 157; en p.159 pone como excepción al principio de consentimiento la exclusión de efectos jurídicos dispuestos por la norma.

⁸ BULLINGER, Vertrag...cit., pp.65,66 y 79

⁹ Para el supuesto específico de la cláusula de revocación sin indemnización: VILLAR, La intervención...,p.430; LÓPEZ PELLICER, aunque no hace una declaración expresa en este sentido, si concede una verdadera importancia constitutiva a la declaración de voluntad (Ob.cit., p.84). Para la doctrina alemana: SCHACHEL, Ob.cit., p.136; SACHS, "Volenti...cit.", p.423; para la licencia de obras en Derecho bávaro: SIMON, Ob.cit., art.74, párr.40; para la subvención: BLECKMANN, Ob.cit., p.103, que fija como límite al sometimiento la irrenunciabilidad de derechos fundamentales (p.114)

unánime. A veces concede especial valor al consentimiento del particular¹⁰. Otras veces declara que el sometimiento del particular a una cláusula que la ley no permite no puede ser alegado por la Administración:

"El consentimiento en su sentido estricto de elemento esencial, no impide la impugnación del negocio jurídico, con fundamento en su nulidad total o parcial, por quienes lo han concertado, oposición suficiente para hacer inoperante la prohibición de 'venire contra factum proprium' y permitir el enjuiciamiento de la presente invalidez..."

"Sin que la conformidad explícita a la cláusula en debate equivalen (sic) al consentimiento ya que era la exteriorización de una voluntad carente de eficacia para entenderse perfeccionado un acto originariamente unilateral, cuya aceptación había de producirse después y nunca antes en una fase previa de elaboración no vinculante para los futuros concedentes y concesionarios"¹¹

La jurisprudencia alemana ha aceptado en alguna ocasión la aplicación del "acto administrativo por sometimiento". Pero con intensa crítica de la doctrina¹².

¹⁰ Así: STS 27 febrero 1981 (Az.694); STS 28 diciembre 1981, Az. 5457; STS 1 junio 1990, (Az.5104); STS 21 diciembre 1990 (Az.10414), donde se hace referencia a una condición "convencional" por la que se hace intransmisibile una licencia de apertura, contra el art. 13.1 RSCL.

¹¹ STS 23 marzo 1972 (Az,1502); en el caso, el particular aceptó, muy a regañadientes, un término final en una concesión de desecación de marismas, que según la ley era perpetua.

¹² BVerwGE DVBl 69,665: la Administración incluye una cláusula por la que el beneficiario de una subvención se compromete a devolver la cantidad obtenida, más intereses, caso de no cumplir el fin de la subvención. La norma no preveía la adición de intereses. El Tribunal admite esta cláusula por haber sido consentida por el subvencionado. Críticas a esta Sentencia: WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.48 Párr.III a;

B) ¿Prohibición ex art. 88 LRJAP?

El art. 88 LRJAP trae al Derecho los frecuentes acuerdos y pactos entre Administración y particulares. Y lo hace de forma restrictiva. Primero porque sólo los permite cuando haya norma especial que los regule¹³. Segundo porque exige formalidad. Tercero porque fija estrictos límites materiales: "no sean contrarios al Ordenamiento jurídico", "ni versen sobre materias no susceptibles de transacción", "y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado (Las Administraciones Públicas)", "no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos".

Éste ha de ser hoy el marco jurídico para el estudio del sometimiento del particular a cláusulas no permitidas por el Ordenamiento jurídico. Pues el sometimiento unilateral del particular es en realidad un acuerdo con la Administración. Si el particular se somete, si consiente, es porque hay pacto, convenio o acuerdo con la Administración. Y en este marco, la primera impresión es que ya no cabe la cláusula accesoria "por sometimiento". Paradójicamente, el art. 54 VwVfG, que también regula los convenios entre Administración y particulares para el Derecho alemán, ha sido presentado como argumento para sostener que en Derecho alemán sigue vigente la facultad del particular de someterse a actos gravosos no amparados por la ley (Unterwerfung)¹⁴. La

ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.11, párr.19;
SACHS, "Volenti...cit.", p.402

¹³ MENENDEZ REXACH, Procedimientos administrativos...cit., p.264

¹⁴ SACHS, "Volenti...cit.", p.423. Según el art. 54 VwVfG existe una facultad general de pactar entre Administración y particular. Esta facultad sólo se puede limitar por ley. Por ello dice SACHS que sólo por determinación legal expresa se puede impedir que el particular pacte con la Administración una renuncia a sus derechos, un sometimiento. MENENDEZ REXACH sostiene que el art. 88 LRJAP contiene el principio inverso

respuesta definitiva vendrá de un estudio analítico de los límites que el art. 88 LRJAP pone al pacto de "sometimiento" del particular.

a) El art. 88. 4 LRJAP prohíbe que los acuerdos entre Administración y particular supongan "alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos". Se podría pensar que el "sometimiento" del particular a una cláusula aumentaría las atribuciones que la ley otorga a la Administración, que el orden objetivo de competencias de la Administración quedaría modificado en relación con el ciudadano que consiente. Esta hipótesis ni siquiera es amparable por las teorías del contrato social, pues éstas ponen en la "voluntad general", no en la de cada individuo, el fundamento del poder del Estado. Me parece más acertado sostener que las competencias administrativas no se ensanchan por voluntad del particular, sino por decisión legal¹⁵. Pero con ello hay que hacer una precisión: El particular puede en muchos casos renunciar a sus derechos. O puede simplemente no accionar derechos que se consideran irrenunciables, como los derechos fundamentales, frente a una actuación ilegal de la Administración¹⁶. Y esto es válido. Pero no por ello la Administración aumenta sus competencias. No por ello la Administración puede incluir cláusulas que el Ordenamiento jurídico no permite. Pues el particular, en disfrute de su

al art. 54 VwVfG: sólo se puede pactar cuando la ley lo prevé (Procedimientos administrativos...cit., pp.263-264). Esto supondría también la negación de un principio general de libre "sometimiento del particular".

¹⁵ KORMANN, Ob.cit., pp.159-160 (aunque acepta la tesis del "acto administrativo" por sometimiento, niega que en estos casos se trate de una ampliación de las atribuciones de la Administración); BULLINGER, Vertrag...cit., p.66; IPSEN, Ob.cit., p.78; MAURER, Allgemeines...cit., Cap.14, párr.25; ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.13, párr.11; SALA, Ob.cit., p.270

¹⁶ WOLFF/BACHOF, Ob.cit., Cap.43 IV; Cap.48 III a 2

autonomía, puede renunciar a derechos subjetivos, no al derecho objetivo¹⁷, que sigue vinculando a la Administración. Naturalmente, el particular puede renunciar al ejercicio de la acción contra una cláusula ilegal de la Administración. El acto puede devenir firme, pero no por ello la voluntad del particular ha autorizado una cláusula ilegal¹⁸

b) También el art. 88.1 LRJAP prohíbe los convenios entre Administración y particular cuando sean "contrarios al Ordenamiento Jurídico" o "versen sobre materias no susceptibles de transacción". Se puede considerar que éstos son los correspondientes jurídico-públicos de los límites civiles al "volenti non fit iniuria": arts. 6 C.c (interés y orden público, perjuicio a tercero) y 1255 C.c (leyes, moral y orden público). De los límites materiales del art. 88.1 LRJAP no se deduce sin más que el particular no pueda renunciar a sus derechos frente a la Administración. Ni que toda renuncia a un derecho o interés reconocido por una norma sea una actuación contraria al Ordenamiento Jurídico¹⁹. Pienso que el sometimiento es legítimo siempre que:

¹⁷ Esta distinción esta acuñada en la doctrina civil. DE CASTRO (Las condiciones...cit., p.86 y nota 185) distingue entre renuncia a las leyes (que es inadmisibile) y renuncia a derechos adquiridos, que es lícita.

¹⁸ VON MANGOLDT/KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3.Ed., München, 1985, art.1, párr.190; SCHLEICH, Ob.cit., p.237 (referido a la subvención); MAURER, Allgemeines...cit., Cap.14, párr.34

¹⁹ En DCE 1054/1991. N.Marg.90, p.409, en relación con una concesión de dominio público marítimo-terrestre, se dice: "...Es evidente que aceptó expresamente las condiciones de la concesión y al hacerlo pudo renunciar a derechos propios siempre que con ello no contrariase el interés o el orden público' ni perjudicase a terceros (art.6.2 C.c.)"

1. El consentimiento del particular no se refiera a un bien jurídico irrenunciable ("materias no susceptibles de transacción", según el art. 88.1 LRJAP). OTTO MAYER afirmaba (vid. supra a.) que los "derechos de libertad" eran disponibles. Actualizando esta idea se puede decir que no todos los derechos fundamentales son porque sí irrenunciables²⁰. Desde luego que será irrenunciable el derecho a la vida (art. 15 CE), pero no lo es el derecho de propiedad (art. 33 CE)²¹. Nuestra propia Constitución establece, por ejemplo, la disponibilidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

2. Aunque el bien o derecho sea disponible, la Administración pueda admitir esa renuncia. La Ley puede prohibir a la Administración admitir la renuncia de un particular²². Incluso cuando no hay ley que expresamente imponga esta prohibición, la misma consecuencia se puede obtener a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (art.9.2 CE): la valoración de estos derechos como fundamento del orden jurídico puede impedir que la Administración acepte válidamente la disposición del

²⁰ SACHS, "Volenti...cit.", pp.419 y 424). Algunos autores alemanes afirman, incluso, que lo que hay es precisamente un derecho fundamental a renunciar, derivado del principio general de libertad del art. 2 I GG (AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechts, Berlin, 1981, p.29). Un planteamiento similar, para criticar la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, en ALFARO, Autonomía privada y derechos fundamentales, en ADC XLVI, vol.I [1993], pp.62 y 63

²¹ Según AMELUNG (en relación con el art. 14 GG) es precisamente inherente al derecho de propiedad, derecho fundamental, la facultad de disposición, y por tanto la posibilidad de consentir un gravamen por parte de la Administración (Ob.cit., p.30)

²² SACHS, "Volenti...cit.", p.411

particular²³. En estos casos, la renuncia del particular, aceptada por la Administración, sería "contraria al Ordenamiento Jurídico"

3. Que la renuncia del particular, su consentimiento, sea libremente emitido²⁴. Falta voluntariedad no sólo en la coacción, sino también "cuando hay una presión social de índole semejante"²⁵, cuando al particular, en realidad, no le queda otra opción que consentir una cláusula contra sus derechos o intereses²⁶.

c) La tercera exigencia material del art. 88.1 LRJAP es que los acuerdos "tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado". Esta exigencia favorece a menudo el "sometimiento". Pues en muchos casos la consecución de un interés público fijado en la ley sólo es posible mediante una renuncia del particular (p.ej.: renuncia a facultades dominicales, en favor del interés público urbanístico). La referencia al interés público específico se concreta en la

²³ Para la doctrina alemana, véase los autores que cita SACHS, "Volenti...cit.", en nota 97).

²⁴ Así, en un caso en que la Gerencia de Urbanismo había condicionado el otorgamiento de la licencia al pago del saldo de la reparcelación económica, dice la STS 23 octubre 1991 (Az.8379): "Tal solicitud y pago fueron efectuados, no a consecuencia de una libre determinación de la voluntad a tales efectos, sino que tal expresión de consentimiento fue emitido y así ha de ser valorado, como un requisito previo al que fue constreñido para obtener la licencia de obras"

²⁵ GALLEGO ANABITARTE, Las relaciones...cit., p.41

²⁶ En Derecho de subvenciones en Alemania, BLECKMANN acepta el sometimiento del subvencionado a cláusulas gravosas, siempre y cuando el sometimiento sea voluntario. Pero junto a ello se plantea si en situaciones de fuerte competencia en el mercado un empresario solicitante de subvención tiene en realidad otra posibilidad que someterse a la cláusula (Ob.cit., p.114)

"prohibición de acoplamiento": la aceptación del particular no sirve -salvo en relación con cargas modales, en algunos casos- para que la Administración persiga fines públicos que, aunque lícitos, no guardan conexión con los fines típicos de la actuación administrativa de que se trate²⁷. (vid supra Cap.10 V B).).

²⁷ Se trata del fin concreto fijado por la ley, no otro fin público, como afirmaba para Alemania KRÜGER (Ob.cit., p.453) en relación con las subvenciones. Este hoy también el límite impuesto, en Derecho alemán, por el art. 56 I VwVfG (que regula el contrato administrativo de intercambio cuando sustituye a un acto discrecional)

CAPITULO 13:
ADMISIBILIDAD DE LOS DISTINTOS TIPOS DE CLÁUSULAS ACCESORIAS.

I. Condición.

Como principio general, la admisibilidad de la condición suspensiva se rige por distintos criterios que la condición resolutoria. Porque la primera es más gravosa que la segunda. La condición suspensiva es un "No, pero", mientras que la condición resolutoria es un "Si, aunque"¹. La condición suspensiva se acerca a la denegación, mientras que la condición resolutoria se aproxima a la reserva de revocación².

A) Condición suspensiva.

Según el art. 57.1 y 2 LRJAP: (1)"Los actos de las Administraciones públicas...producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa"; (2) "La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto". En estos preceptos se puede encontrar una autorización general para incluir condiciones suspensivas en el acto administrativo³. Pero esta previsión general de condiciones suspensivas tiene límites. Por un lado, en el acto reglado sólo serán posibles las condiciones suspensivas que sirvan para poder otorgar el acto (cuando el solicitante no cumple todos los requisitos legales) y para asegurar el

¹ HÖNIG, Ob.cit., p.46;

² ELSTER, Ob.cit., p.171

³ BOQUERA, Estudios...cit., p.286. GONZÁLEZ NAVARRO, Ob.cit., p.132

cumplimiento del fin normativo del acto⁴. La aplicación del art. 57.1 y 2 LRJAP al acto discrecional se rige por los límites ya conocidos: exigencia de adecuación material, prohibición de acoplamiento, aplicación de principios constitucionales (vid. supra Cap.10 V y Cap.11)

B) Condición resolutoria.

La condición resolutoria no está prevista con carácter general en la ley. Según BOQUERA, el art.16 RSCL puede servir como autorización general para incluir condiciones resolutorias. Pues según aquel precepto, la Administración puede revocar por cambio de circunstancias objetivas (sin indemnización); entonces, si la Administración puede revocar también podría incluir una condición resolutoria referida al posible cambio de un hecho concreto⁵. Creo que este argumento es apropiado en relación con una reserva de revocación, pero no para la condición resolutoria. Dado que este segundo tipo de cláusula es más gravoso que la reserva de revocación (vid. supra Cap.11 I B).) no se puede entender que la autorización para incluir reservas de revocación incluye también la de imponer condiciones resolutorias. Entonces no existe, en nuestro Derecho, una autorización normativa general para la condición resolutoria. Pero las leyes especiales de cada acto a menudo obligan a la Administración a incluir estas cláusulas, previa concreción y apreciación de la Administración. Es el caso del emplazamiento o medidas correctoras esenciales, en una licencia de apertura, del objeto del aprovechamiento, en una concesión de dominio público (vid. supra Cap.18 III A), del fin de la subvención

⁴ Mucho más restrictivo es BOQUERA que excluye la aplicación de este precepto (antiguo art. 45.1 y 2 LPA) a las licencias municipales regladas: El condicionamiento...cit., p.191)

⁵ BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.195

(Vid. supra Cap.17 III B) b).)

Sin previsión normativa expresa también es posible la condición resolutoria. En el acto reglado, cuando con la condición se asegure el cumplimiento de requisitos normativos esenciales que aún no concurren en el momento de dictarse el acto (vid. supra Cap.10 II B) b).). Esta regla no se aplica al caso en que haya riesgo de que, mientras se cumple la condición potestativa resolutoria, se produzca el daño que precisamente se pretendía evitar mediante el sometimiento de una actividad a previa licencia⁶. En el acto discrecional rige el principio general de inclusión de cláusulas, pero muy restringido por el principio de proporcionalidad; dado que la condición resolutoria es una cláusula especialmente gravosa (vid supra Cap.4 VI C),D) y E).) sólo podrá imponerse para finés de especial relevancia. En todo caso, la condición ha de referirse a un hecho determinado⁷: es exigencia del mandato de "determinación" del art.53.2 LRJAP.

II. Término.

Al igual que en el caso de la condición suspensiva, del art. 57.2 y 3 LRJAP se puede deducir una autorización legal general para incluir términos iniciales, el momento temporal a partir del cual el acto administrativo comienza a surtir efectos. Esta autorización legal cubre, fundamentalmente, los supuestos en que el solicitante de un acto aún no cumple todos los requisitos de la norma; entonces la Administración puede dictar ese acto con término inicial. Esta posibilidad se encuentra, sin embargo, limitada por el principio de proporcionalidad, en dos sentidos: El término no es la

⁶ SCHACHEL, Ob.cit., p.129

⁷ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.585

cláusula más adecuada para hacer cumplir un requisito que aún no se cumple; pues el término final pospone la eficacia interna del acto, pero no compele al cumplimiento. Además, el término es una cláusula más gravosa que la condición potestativa y que el modo (vid. supra Cap.11 I B).), cláusulas que han de ser preferidas frente al término inicial.

Para el término final no existe una autorización legal general. En el caso del acto reglado este tipo de cláusula es rechazable. En primer lugar, cuando la norma la prohíbe expresamente (así, art.15.2 RSCL, para licencias de actividades personales). Y en segundo lugar, porque, en el caso típico de que la cláusula sirva para asegurar el cumplimiento de los requisitos legales, lo cierto es que un término final, al no imponer ningún comportamiento, no garantiza el cumplimiento de ninguna exigencia legal⁸. El término final sería aquí una cláusula inadecuada (desproporcionada) y consecuentemente ilícita. Algunas leyes especiales imponen a la Administración la fijación de un término final en actos discrecionales (para la concesión demanial, con carácter general: art.126 LPE; en leyes especiales: arts. 102, 180.1 a), 187 e) RDPH; art. 66.2 LC.). En estos casos, la existencia del término final es decisión de la norma, pero la valoración de cuál es el término adecuado a cada caso es una decisión de la Administración; por eso, se trata de una cláusula accesoria (vid. supra Cap.2 III B) y V.). En general, la Administración puede incluir un término final siempre que se trate de un acto discrecional (vid. supra Cap.10 III A).). Pero esta facultad está sensiblemente limitada, por aplicación del principio de proporcionalidad: el término final es una cláusula más gravosa que la condición potestativa (en concreto, que uno de sus tipos, el plazo de caducidad) y que la reserva de

⁸ SCHACHEL, Ob.cit., p.130

revocación. Con estas otras cláusulas se pueden alcanzar los mismos fines que con el término, y con menos sacrificio. No es lícito -por desproporcionado- otorgar actos con términos finales con el único objeto de controlar periódicamente el cumplimiento de las cláusulas del acto o para garantizar la modificabilidad del acto ante un cambio de circunstancias (actos en cadena: vid. supra Cap. III V). Lo correcto es entonces el otorgamiento del acto sometido a reserva de revocación o a condición resolutoria potestativa⁹.

II. Reservas.

A) Reserva de revocación.

a) Tipología de relaciones reserva de revocación-norma.

En ocasiones, las leyes administrativas especiales autorizan a la Administración a revocar los actos administrativos, con o sin indemnización (vid. supra Cap.7 III A) a).). Otras veces, la ley autoriza a la Administración a incluir una reserva de revocación (v.gr.:art 136 LS, licencia de edificación provisional; art.53.3 LA, concesión de aguas en precario). Pero estos supuestos revocatorios no constituyen un verdadero sistema. En muchas ocasiones las normas administrativas no contemplan ningún supuesto de revocación¹⁰. Con esta descripción quiero resaltar dos datos. Por un lado, que la regulación legal de la revocación es incompleta y sectorial. Y como consecuencia de ello, que las

⁹ SCHACHEL, Ob.cit., p.131

¹⁰ Además, la jurisprudencia aplica restrictivamente las causas legales de revocación. Así ocurren en el caso de la autorización del art.16 RSCL para revocar por cambio de circunstancias objetivas, que tiene lugar sin indemnización (Cfr.: SALA, Ob.cit., p.152)

relaciones entre reserva de revocación y norma jurídica son variadas. Se pueden formular los siguientes tipos¹¹:

aa) Reserva de revocación "praeter legem". En este caso la norma no prevé ningún supuesto revocatorio. Pero la Administración incluye una reserva para asegurarse una posible revocación futura (reserva "negocial"), ya sea con indemnización o sin ella.

bb) Reserva de revocación "intra legem". Esta cláusula se presenta cuando la norma autoriza la revocación, pero restrictivamente¹². Sólo para supuestos seleccionados. Entonces, la reserva de revocación crea nuevos supuestos revocatorios o amplia los previstos en la ley.

cc) Reserva de revocación "contra legem". Se da cuando la norma prohíbe expresamente la revocación o exige en todo caso indemnización para que tenga lugar una revocación válida. Frente a esta regulación legal, la reserva de revocación incumple la prohibición de revocación o elimina la necesidad de indemnización¹³.

dd) Reserva de revocación "secundum legem". Aquí se encuentran en realidad dos supuestos.

- En el primero, la norma autoriza la inclusión - discrecional- de una cláusula de revocación, con o sin indemnización; por ejemplo, el art. 53.3 LA permite a la Administración precarizar una concesión de aguas, para el

¹¹ Planteamiento similar en DE ASIS, Ob.cit., p.138

¹² Así los arts. 16 RSCL; 63 LA; y 77 LC

¹³ De esta clase son las cláusulas de precario incluidas en autorizaciones portuarias, que eludían la indemnización por revocación, frente a lo expresamente dispuesto por el art.47 Ley de Puertos de 19 de enero de 1928

caso de que haya caudales reservados o comprendidos en un plan de Estado y que no sean objeto de aprovechamiento inmediato. La cláusula de precario que imponga la Administración no determina un nuevo supuesto revocatorio, ni cambia el régimen jurídico de la revocación. La reserva de revocación contiene, simplemente, la referencia a una situación de hecho en la que podrá tener lugar una revocación permitida por la ley.

- En la segunda modalidad de reserva "secundum legem", la norma establece un catálogo de supuestos de revocación, y no menciona la inclusión de una reserva de revocación. En este caso, puede ocurrir que la Administración incluya una cláusula de revocación sin infringir la ley, simplemente avisando de que en el momento de dictar el acto administrativo se da uno de los supuestos de hecho que la ley selecciona como causa de revocación¹⁴. Aquí la reserva no va más allá de lo permitido por la norma, ni altera su regulación.

b) Criterios de admisibilidad.

aa) Notas generales

La valoración de la legalidad de estas cláusulas ha de hacerse teniendo en cuenta las siguientes notas:

1. La regulación legal de la revocación desarrolla dos principios constitucionales. Por un lado la protección de la

¹⁴ Así por ejemplo una licencia de apertura en la que se incluye una cláusula de precario porque aún no se cumplen todos los requisitos exigidos por la norma. Esa cláusula no está diciendo nada nuevo respecto del art. 16 RSCL, que permite la revocación -sin indemnización- cuando se dieran circunstancias "...que habrían justificado la denegación"

seguridad jurídica (confianza legítima: art.9.3 CE). Y por otro, la integridad de la situación patrimonial (art.33 CE). Esta segunda es un mínimo de protección, para el caso de que la permanencia de una situación jurídica se interrumpa mediante la revocación. De aquí resulta una consideración diferenciada de la validez de la reserva revocatoria. La reserva de revocación con indemnización sólo afecta a la seguridad jurídica, pero no a la garantía patrimonial. Por ello los criterios de validez son menos estrictos. En cambio, la reserva de revocación sin indemnización ha de ser excepcionalmente aceptada, pues quiebra todas las garantías del particular.

2. La reserva de revocación admite dos momentos de control: cuando la reserva se incluye en el acto y cuando se procede a la revocación¹⁵. La doctrina judicial española -con alguna excepción- rechaza el control en abstracto de la reserva de revocación, esto es, al ser dictado el acto administrativo y sostiene que el control judicial debe realizarse sobre el ejercicio de la reserva, es decir, sobre el acto revocatorio¹⁶. Mas queda por determinar cómo debe

¹⁵ VON MÜNCH, Ob.cit., p.121; WELLAS, Ob.cit., p.71; STS 29 octubre 1979 (Az.3545)

¹⁶ Así, STS 23 abril 1980 (Az.2719), en relación con una autorización, con cláusula de precario, para instalar postes de la CTNE: "Esta jurisdicción tiene como misión resolver los agravios reales que se produzcan en su aplicación y ejecución y no purificar de una manera abstracta dichas relaciones jurídicas de cláusulas o condiciones, cuya legalidad no sea determinable más que en el momento de su actuación de acuerdo con las circunstancias concretas que acompañen a ésta". Con doctrina similar, la anterior STS 29 octubre 1979 (Az.3545). De este criterio se separa, como excepción, la STS 11 noviembre 1986 (Az.8053), que en relación con licencia en precario para la construcción de líneas de alta tensión, anula la cláusula de precario, sin que hubiera tenido lugar aún la revocación; de esta forma corrige a la Sala de instancia, que había remitido la cuestión al momento de la revocación. Se vuelve a la doctrina inicial en STS 11 julio 1990 (Az.6029); STS 19 septiembre 1990 (Az.7100); STS 7

revisar la jurisdicción el ejercicio de la reserva de revocación. En mi opinión hay que distinguir aquí dos aspectos. Por un lado, en el momento de la revocación los Tribunales también han de comprobar que la inclusión de la reserva de revocación fue legítima¹⁷. Y por otro lado, la revocación misma, con independencia de la existencia de una reserva, también debe ser plenamente enjuiciada por los Tribunales, analizando "las circunstancias del caso, la oportunidad y razonabilidad de la declaración"¹⁸. Una revocación simplemente apoyada en la previa existencia de una reserva es un uso viciado de la discrecionalidad administrativa¹⁹

septiembre 1991 (Az.6812): anulación de cláusula de precario en licencia municipal para zanja de tuberías.

¹⁷ VON MÜNCH, Ob.cit., p.122; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.414 y 618; SCHACHEL, Ob.cit., pp.43-44; MAURER, Allgemeines...cit., p.252. Esta doctrina tiene especial significado para el Derecho español, ya que el Tribunal Supremo, como hemos dicho, rechaza el control abstracto de la reserva de revocación, remitiendo todos los controles al momento de ejercicio de la revocación. Entonces, si en la revisión del acto revocatorio no se controlara también la legalidad de la inclusión de la reserva sería como otorgar a la Administración el poder de incluir en todo caso reservas de revocación. Ahora bien, el control de legalidad "a posteriori" de la reserva no se puede admitir sin más, por exigencia del principio de firmeza de los actos (STS 4 noviembre 1985, Az.6303). Transcurrido el plazo para impugnar, el acto con reserva de revocación deviene firme y ya no es controlable por los Tribunales, en ninguna de sus cláusulas. Por ello, la revisión de la decisión revocatoria no se podría extender a comprobar la válida inclusión de la reserva de revocación (MAURER, Allgemeines...cit. p.252). Esta dificultad se puede salvar si se considera que la comprobación de la legalidad de la reserva no es objeto procesal sino instrumento auxiliar para enjuiciar la corrección de la revocación. Se puede afirmar, siguiendo a KOPP (VwVfG, cit., p.874), que el ejercicio de una reserva ilegal es un uso viciado de la discrecionalidad administrativa para revocar.

¹⁸ STS 19 septiembre 1990 (Az.7100)

¹⁹ SCHACHEL, Ob.cit., p.44; MAURER, Allgemeines...cit., p.252

De lo dicho se concluye que la admisibilidad inicial de una cláusula "contra legem", "praeter legem" o "intra legem" puede ser flexible, concentrando los controles en el momento de la revocación. La inclusión ilegal de una cláusula de precario en un acto puede ser corregida en el momento de la revocación, en el ejercicio de la facultad discrecional de revocar. Pues en este momento ha de concurrir "necesidad de la Administración" o "eventos de interés público que precisen la extinción"²⁰

bb) Criterios de validez.

En atención a lo expuesto se puede establecer una escala de control de validez de la reserva de revocación:

1. La reserva de revocación "contra legem" es siempre nula²¹.

²⁰ STS 15 marzo 1990 (Az.1820): autorización de precario al Club náutico de las Palmas; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.180: el acto de revocación es fiscalizable por desviación de poder.

²¹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.180. DE ASIS, Ob.cit., p.144. Aunque la STS 13 noviembre 1957 había admitido, contraviniendo el art. 47 de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, que la reserva de revocación podía excluir la indemnización dispuesta por la ley; según esta sentencia: "Que si bien es cierto que el art. 47 de la citada Ley de Puertos prescribe que los concesionarios serán indemnizados del valor material de las obras que realicen...no lo es menos que...lo otorgado a la CAMPSA...ha sido una autorización en concepto de precario...lo que impide el reconocimiento del derecho a indemnización". En el mismo sentido, STS 22 marzo 1958 (Az.1356). Esta jurisprudencia que aceptaba la reserva de revocación "contra legem" ha sido abandonada. Así la STS 8 octubre 1976 (Az.4987) declara: "Es evidente que no existe facultad municipal que pueda modificar el régimen jurídico existente, para establecer tales cláusulas...pues los Ayuntamientos deben sujetarse, desde que entró en vigor la actual legislación sobre esta materia, estrictamente a la misma (se refiere a la Ley de 18 de marzo de 1966, que dispone que la modificación de las líneas de

2. La reserva de revocación "praeter legem" es inadmisible en un acto reglado²², salvo que con la reserva se pueda otorgar lo que si no sería denegado (vid supra Cap.10 II B) a).). Y en este caso ha de entenderse siempre referida a las circunstancias concretas que habrían motivado la denegación del acto.

3. La reserva de revocación "praeter legem" es admisible en un acto discrecional²³, aunque limitadamente, de acuerdo con las siguientes reglas:

i) Por un lado, la reserva de revocación no puede permitir una revocación que ni la norma misma podía haber autorizado²⁴. Si, por ejemplo, el principio constitucional de seguridad jurídica (Art.9.3 CE) o la garantía patrimonial (art.33 CE) pueden impedir que la ley cree determinadas causas de revocación (piénsese en la posible

alta tensión -modificación de autorización municipal- no excluye indemnización, cambiando así la legislación anterior)

²² VON MÜNCH, Ob.cit., p.129; GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit. p.179; GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.354; DE ASIS, Ob.cit., p.144. STS 11 noviembre 1986 (Az.8053): "...Por cuanto la licencia otorgada es tan sólo la remoción de obstáculos...en el caso sólo puede venir condicionada por imposiciones autorizadas por la ley y no consta que ésta o las normas urbanísticas aplicables al caso permitan respecto de las citadas instalaciones establecer una cláusula de precario...",

²³ Según GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.179: "No es preciso que exista habilitación normativa. Todo acto de aquella naturaleza es susceptible de recoger tal cláusula". El mismo resultado en GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.354. En contra SALA, Ob.cit., p.272: la cláusula de revocación sólo se refiere a la ausencia de indemnización, no permite revocar más allá de lo que dispone la norma. STASSINOPOULOS (Ob.cit., p.262) admite con carácter general la reserva de revocación, y ni siquiera la limita expresamente al ámbito del acto discrecional.

²⁴ VON MÜNCH, Ob.cit., p.129

inconstitucionalidad de una ley que disponga la revocación de concesiones por razones de oportunidad sin indemnización), entonces la reserva de revocación "praeter legem" tampoco puede superar esos límites.

ii) Con carácter general, no es admisible en relación con actos que configuren una situación jurídica con apariencia de estabilidad prolongada²⁵. Sólo se puede exceptuar esta regla, a mi juicio, cuando la reserva de revocación está referida a circunstancias muy concretas, que permiten un cálculo real de riesgos por parte del destinatario del acto.

iii) Como criterio general, la reserva de revocación (incluso con indemnización) ha de ser compatible con la exigencia constitucional de seguridad jurídica (art.9.3 CE), que tiene su derivado en el mandato de "determinación" del acto administrativo (art.53.2 LRJAP). El receptor de un acto debe poder confiar razonablemente en la permanencia de su situación jurídica, principio constitucional que no se suple simplemente con una indemnización. Con el principio de seguridad jurídica se explican algunas exigencias ya expuestas en la doctrina: que la reserva de revocación haga referencia a circunstancias de interés público concretas, y de concurrencia previsible²⁶,

²⁵ MARTÍN MATEO, La cláusula...cit., p.108; SALA, Ob.cit., p.273. En la doctrina alemana, para las concesiones de aguas: BREUER, Ob.cit., p.174; y referido a las concesiones de dominio público en general: SULSER, Ob.cit., p.54; en relación con las subvenciones afirma BLECKMANN (Ob.cit., p.108) que cuando con motivo de la ayuda pública el beneficiario realiza paralelamente grandes inversiones es desproporcionado y contrario al principio de protección de la confianza legítima el incluir reservas de revocación.

²⁶ SCHACHEL, Ob.cit., p.41

que están en la causa del acto administrativo²⁷. Entonces, no cabe la reserva de revocación en blanco o para la protección de intereses públicos ajenos a los del acto²⁸. Ahora bien, como ya se ha dicho más arriba, una reserva de revocación genérica o en blanco no es necesariamente nula. Se puede afirmar que en estos casos la reserva de revocación tiene un contenido tácito, deducible del fin de la norma que regula el acto y del contexto en que éste se otorga. Además, ya se ha dicho también que el control de estas reservas de revocación en blanco se realiza en el momento de su ejercicio, con la decisión revocatoria. Y como regla general se puede sostener que cuando más indeterminada sea la reserva de revocación, más intenso será el control de la decisión revocatoria.

iv) Las exigencias de determinación en la reserva de revocación se extreman en el caso de que la cláusula excluya la indemnización (cláusula de precario). En este caso se acentúa la vigencia del principio de seguridad jurídica (9.3 CE) y, sobre todo, del derecho de propiedad (art.33 CE). El principio de reserva de Ley del art. 53.1 CE, que cubre el derecho de propiedad, excluye la intervención de la Administración al margen de la Ley. De aquí resulta la duda de si la Administración puede insertar cláusulas de precario no previstas por la Ley en actos que otorgan derechos patrimoniales, como las concesiones de dominio público (vid supra Cap.7 III B) b) 1.). Formalmente se puede superar la objeción del principio de reserva de Ley si se piensa que la propia Ley, al permitir la denegación - discrecional- de una concesión, también está autorizando a un "minus", a incluir reservas de revocación sin indemnización.

²⁷ MARTÍN MATEO, La cláusula...cit., p.100; FERNANDEZ ESPINAR, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.492

²⁸ MARTÍN MATEO, La cláusula...cit., p.109

Pero esto no es más que una superación formal del principio de legalidad. Porque la Administración sigue vinculada objetivamente a respetar y promocionar el contenido material del derecho de propiedad (art.9.1 y 2 CE). Ello significa que la Administración no puede incluir cualquier tipo de cláusula de precario, aun cuando el conjunto del acto administrativo siga siendo favorable al particular (vid. supra Cap.12 II B) b) 2.). El derecho patrimonial que otorga la concesión no puede ser debilitado ilimitadamente, hasta el punto de ya no ser reconoscible una situación patrimonial estable. Consecuentemente, sólo es admisible una reserva de revocación (sin indemnización) concreta, referida a circunstancias previsibles y que pueden ser objeto de una precisa ponderación de riesgos por parte del receptor del acto²⁹. En el caso de la cláusula de precario pienso que no sería admisible hablar de un contenido tácito de la reserva; los motivos de revocación han de estar expresa y taxativamente incluidos en el acto³⁰. Además, este contenido preciso de la reserva sólo se puede referir a circunstancias excepcionales de interés público o a situaciones efímeras por naturaleza³¹. En el caso de la concesión demanial, la reserva ha de estar referida a "la protección y salvaguardia del principal destino del bien de dominio público..."³²; para evitar que la consolidación de aprovechamientos privativos provoque

²⁹ La STS 11 noviembre 1986 (Az.8053) anula una cláusula de precario con el siguiente fundamento: "...La cláusula (de precario, sin indemnización)...alcanza un grado extremo de generalización...La expresión de la misma no fue lo suficientemente concreta o matizada..."

³⁰ Este criterio estricto no está asumido en la doctrina, más flexible con reservas de revocación genéricas: MARTÍN MATEO, La cláusula...cit., p.111; KOPP, VwVfG, cit., p.873; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.618

³¹ MARTÍN MATEO, La cláusula...cit., p.96; GARCÍA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...I,cit., p.615; LEGUINA, Instalación, cit., p.33

³² STS 11 noviembre 1986 (Az.8053)

"de facto" un cambio en la afectación de la propiedad demanial³³. Con todo, los estrictos controles a los que se somete este tipo de reserva no excluyen radicalmente su existencia³⁴.

Un supuesto distinto se plantea cuando el acto administrativo no otorga inmediatamente un derecho de contenido patrimonial (como la subvención³⁵), sino que genera una situación de confianza legítima en el particular (vid supra Cap.7 III B) b).). Aquí el derecho de propiedad no actúa directamente como límite, pero si indirectamente. Pues la existencia de una situación de confianza legítima supone que el particular no está obligado a soportar el daño económico que se deriva de una revocación. El Estado responde (mediante la institución de la responsabilidad: art.106.2 CE) de la esterilización de la inversión y el propio trabajo de quien ha confiado legítimamente en la permanencia del acto. En esta situación, la reserva de revocación sirve para quebrar la confianza en la permanencia del acto administrativo, y con ello el deber del Estado de indemnizar. De esta forma, la eliminación de la confianza del particular también es una agresión indirecta al derecho de propiedad. Y en consecuencia, también en este caso la cláusula de precario tiene límites, en concreto la exigencia de un contenido preciso y referido a circunstancias estrechamente vinculadas con el acto, no acontecimientos extraños.

v) Y en todo caso, en el momento de la revocación la Administración ha de apreciar estrictamente la concurrencia de la circunstancias revocatorias previstas en

³³ LEGUINA, Instalación, cit., p.32

³⁴ Exclusión que si se encuentra en GARCÍA-TREVIJANO FOS, Los actos...cit., p.180

³⁵ DÜRIG, Ob.cit., p.53

la reserva³⁶ y actuar de acuerdo con los principios de proporcionalidad, igualdad y protección de la confianza legítima.

4. La reserva de revocación "intra legem" es en principio inadmisibles. Si la ley ha fijado un catálogo de supuestos revocatorios no queda espacio para una ulterior ampliación administrativa³⁷. Igualmente, si la norma prevé que la revocación es con indemnización, la reserva no puede eliminar ésta.

5. La reserva de revocación "secundum legem" es en principio lícita³⁸. Pero no exenta de límites. Dado que tanto la inclusión de la reserva como el ejercicio futuro de la revocación son poderes discrecionales, entran en acción los límites normativos de la discrecionalidad. Se aplican aquí los criterios materiales expuestos supra (4.)³⁹

³⁶ VON MÜNCH, Ob.cit., p.123

³⁷ KORMANN, Ob.cit., p.156; JUNG, Probleme...cit., p.709; HÖNIG, Ob.cit., p.170; STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.608; el mismo resultado, en relación con las licencias de taxi, en ENTRENA, El servicio de taxis, RAP 27 (1958), p.61

³⁸ VON MÜNCH, Ob.cit., p.122: "Si las disposiciones legales permiten la revocación al mismo tiempo permiten, como un "minus", la inclusión de la cláusula revocatoria"

³⁹ Esta conclusión no está clara en el Derecho alemán. Desde la codificación administrativa de 1976 (VwVfG) el art. 36 II 3 permite, con carácter general, la inclusión de reservas de revocación (sin indemnización) en el acto discrecional. Según ello, todas las reservas de revocación serían "secundum legem" y por tanto lícitas. Pero esto no es más que un criterio de legalidad formal. De la doctrina se esperaba la fijación de criterios materiales para la aplicación de la autorización general del art. 36 II 3 VwVfG. Sin embargo, los autores no llegan a conclusiones claras en este punto. Algunos exigen que la reserva de revocación, para ser válida, ha de referirse a una situación de hecho determinada, sólo así se cumpliría el mandato de "determinación del acto administrativo" (Bestimmtheit des Verwaltungsakts) que contiene el art. 37 VwVfG; un acto con

B) Reserva de modificación.

Las leyes administrativas especiales contienen en ocasiones autorizaciones para que la Administración modifique los actos administrativos. Con o sin indemnización. Así la "revisión" de la concesión de aguas (art.63 LA), la facultad de "modificar" las "condiciones" de la autorización de vertido (art.96 LA), la "modificación" de las concesiones y autorizaciones de costas (art.77 LC) o la "modificación" de las subvenciones (art.81.8 LGP). En otros casos la ley permite a la Administración la inclusión de las "condiciones pertinentes" (así, art.76 LC, para las concesiones), entre las que se puede encontrar una reserva de modificación. En cualquier caso, la inclusión de la reserva de modificación supone, similar a la reserva de revocación, la creación de nuevos supuestos de modificación o la eliminación de la necesaria indemnización. Aquí hay que aplicar la distinción entre reservas "praeter legem", "contra legem", "intra legem" y "secundum legem" expuestas para la reserva de revocación⁴⁰.

reserva de revocación en blanco sería un acto indeterminado (GERN/WACHENHEIM, Nebenbestimmungen in Verwaltungsakten, JuS 1980, p.277; también BVerwGE 66,65). Pero la doctrina - aparentemente mayoritaria- prescinde de exigir la mención expresa de situaciones de hecho concretas (SCHWARZE, en KNACK, Ob.cit., p.440), aunque se afirma que en realidad toda reserva en blanco está referida, tácitamente, a determinadas situaciones de hecho; y en el momento de revocar la Administración debe averiguar ese contenido tácito de la reserva de revocación (STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., p.618); MEYER/BORGS (Ob.cit., p.454) van aún más lejos al sostener que: "La revocación se puede basar también en otros motivos no tenidos en cuenta en el momento de dictar el acto administrativo, siempre que estos motivos mantengan una vinculación objetiva con la reserva de revocación y tengan un peso similar a los motivos revocatorios expresamente contemplados por la reserva".

⁴⁰ En STS 5 noviembre 1985 (Az.5541) el Tribunal anula una reserva de modificación "praeter legem": reserva de modificación de ubicación, sin indemnización, en una licencia para canalización de aguas.

Pero además hay que referirse a cuál es el objeto posible de la reserva de modificación: ¿Cualquier contenido del acto?

En la codificación administrativa alemana, el art. 36 II V VwVfG sólo se refiere (y sólo para actos discrecionales) a la "reserva de posterior incorporación, modificación o adición de un modo". La razón de tratar separadamente la reserva de modificación de modos reside en la consideración (típica del Derecho alemán) del modo como un acto administrativo independiente. Nada más. Ello no excluye radicalmente reservas de modificación de otros contenidos del acto. Pues el art. 36 II 3 VwVfG permite con carácter general la reserva de revocación, con lo que implícitamente también se autorizan reservas de modificación de cualquier cláusula del acto, una especie de reserva de revocación parcial.

Tanto para el caso de que la ley autorice expresamente la reserva de modificación, como para el caso de que se entienda que ésta es una forma menor de la reserva de revocación, hay que establecer límites concretos al poder administrativo de incluir reservas de modificación:

a) Una reserva de modificación de una cláusula esencial del acto (típicamente, una condición) plantea problemas. Pues si la Administración deja abierta la posibilidad de posterior alteración de cláusulas esenciales, lo que ocurre es que no ha resuelto⁴¹ (contra el mandato del art. 42.1 LRJAP) o a resuelto contra el mandato constitucional de seguridad jurídica, manifestado en la exigencia de "determinación" del art. 53.2 LRJAP. Así por ejemplo, el fin de la subvención (condición potestativa) no admite reserva de modificación⁴².

⁴¹ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.101

⁴² En este sentido, para Derecho alemán, BLECKMANN, Ob.cit., p.130.

Este juicio de ilegalidad de las reservas de modificación de contenidos esenciales del acto se acentúa cuando la reserva de modificación excluye además la indemnización.

b) Por ello, el típico ámbito de la reserva de modificación es el modo, por ser una cláusula no esencial del acto⁴³. Este es el elemento de mayor flexibilidad del acto. Sobre él se relajan las exigencias para la validez de una reserva de modificación.

c) Se trate reservas de modificación de cláusulas modales, o de otros contenidos del acto, rigen en todo caso los siguientes límites:

-La reserva ha de hacer referencia a circunstancias aún desconocidas⁴⁴, pero concretas ⁴⁵.

-Debe tener un contenido previsible⁴⁶.

⁴³ En cambio, ENGELHARDT (Die Anordnung über Schutzanlagen im Planfeststellungsbeschluß, BayVBl 1981, p.395) excluye los "modos de protección" (Schutzauflage), pues, dice, estos si son cláusulas esenciales del acto (en este caso, del "Planfeststellungsbeschluß"). En contra, KÜGEL, Ob.cit., p.196

⁴⁴ KOPP, VwVfG, cit., art.74, párr.37: por ejemplo, aún no se sabe cuáles son las instalaciones de protección (contra ruidos, etc) más adecuadas.

⁴⁵ En Derecho alemán, para la subvención: BLECKMANN, Ob.cit., p.130; para la concesión de aguas: SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.13.

Es correcta, en la concesión de arrecifes artificiales, la reserva que suele incluir la Dirección General de Costas, previendo una modificación de la ubicación de estas instalaciones de arrecifes para el caso de que se considere la conveniencia de aprovechamiento de bancos de arena: la reserva de modificación está referida a circunstancias concretas.

⁴⁶ SIMON, Ob.cit., art.74, párr.38; MEYER/BORGS, Ob.cit., art 36, párr.15: no tanto en cuanto al contenido concreto del futuro modo como en cuanto a la importancia del gravamen.

- No debe afectar sustancialmente al resto del acto⁴⁷.
- La reserva no excluye radicalmente la confianza del particular en la permanencia inalterada del acto⁴⁸. Por lo que tampoco se excluye radicalmente la indemnización cuando tenga lugar la modificación.

C) Reserva de decisión.

Los arts. 42 y 89.4 LRJAP obligan a la Administración a resolver expresamente sobre las solicitudes que se le formulen⁴⁹. Este mandato quedaría incumplido al incluir la Administración una reserva de decisión. Pero esta reserva puede servir precisamente para no tener que resolver negativamente sobre la totalidad de lo solicitado, pues ello puede ser en muchos casos desproporcionado. Junto a esto, el principio de seguridad jurídica impide que la reserva de revocación determine una situación permanente de transitoriedad para el particular. La admisibilidad de la reserva de revocación se encuentra entonces en el punto de equilibrio entre la legalidad (obligación de resolver), proporcionalidad y seguridad jurídica. La tensión entre estos principios da lugar a formular los siguientes criterios objetivos:

- a) Sólo se puede reservar aquella parte de la decisión

⁴⁷ KOPP, VwVfG, cit., art.74, párr.37

⁴⁸ BLECKMANN, Ob.cit., p.130: el beneficiario de una subvención ha de confiar mínimamente, pese a la reserva de revocación, en el plan económico de la subvención.

⁴⁹ Su fundamento está en la irrenunciabilidad de la competencia (art.12.1 LRJAP) y en el principio de buena administración (art.103.1 CE): SAINZ MORENO, Obligación de resolver y actos presuntos, en "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", (Dirigido por J.LEGUINA y M.SÁNCHEZ MORON), Madrid, 1993, p.122

sobre la que todavía no hay ciencia administrativa, pero si indicios suficientes que hagan presumir una resolución positiva en el futuro. En todo caso no cabe una reserva total de la decisión⁵⁰ ni una reserva tan amplia que en realidad equivalga a una no decisión⁵¹

b) El desconocimiento debe ser de tal grado que no permita siquiera un otorgamiento total con reserva de modificación o revocación.

c) La parte de acto no sometida a la reserva ha de tener independencia. La parte de decisión reservada no puede afectar al contenido del resto del acto⁵², que sirve por sí mismo al fin que la norma le asigna.

⁵⁰ KÜGEL, Ob.cit., p.197; KOPP, VwVfG, cit., art.74, párr.53

⁵¹ OBERMAYER, Kommentar...cit., p.101

⁵² KÜGEL, Ob.cit., p.195. En contra: STS 30 enero 1990 (Az.359): el TS admite una cláusula en una licencia de edificación, según la cual la licencia se dicta sólo a los efectos de inscripción en el Registro de Solares (por tanto, no para edificar)

IV. Modo.

A) El problema de la legalidad del modo.

La doctrina ha encontrado tradicionalmente dificultades para admitir la inclusión de modos en actos administrativos⁵³. Y ello por la afirmación de que el modo no es una parte del acto, sino un acto administrativo independiente. Se trataría entonces de un gravamen independiente del acto administrativo favorable. Y por ser gravamen independiente habría de estar autorizado por la Ley. Resulta así que en los actos discrecionales favorables el modo no sería sólo un "minus" respecto del efecto favorable, sino un "aliud", un gravamen distinto⁵⁴. El modo sería siempre Administración de intervención, incluso cuando estuviera referido a un acto de prestación⁵⁵. El modo no estaría cubierto por la facultad que otorga la norma a la Administración para otorgar o denegar el acto discrecional, necesitaría su propia previsión normativa específica⁵⁶. En mi opinión, el modo no es un acto administrativo distinto, sino una parte relativamente independiente de un sólo acto (Vid. supra 5 I C.). Ello significa que el modo no grava independientemente el contenido favorable del acto, sino precisamente en relación con el beneficio. En consecuencia, el modo puede ser aceptado en tanto "minus" en relación con un acto favorable⁵⁷. Este es el planteamiento que se acepta por la "teoría del saldo" (Saldotheorie) para las subvenciones.

⁵³ ELSTER, Ob.cit., p.208

⁵⁴ ELSTER, Ob.cit., p.239

⁵⁵ KRÜGER, Ob.cit., p.387; ELSTER, Ob.cit., p.223

⁵⁶ ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., p.265

⁵⁷ SCHACHEL, Ob.cit., p.136

El control de la admisibilidad de modos se desplaza entonces del principio de legalidad a los demás principios constitucionales: proporcionalidad, seguridad jurídica, vinculación a los derechos fundamentales.

B) Admisibilidad de los distintos tipos de modos⁵⁸.

a) Modos correctores.

aa) Modos de protección.

Mediante ellos se persigue eliminar, prevenir o aminorar los efectos negativos de un acto administrativo, en relación con el interés general o con terceros. Se trata de actuaciones materiales (hacer, no hacer o soportar) dirigidas a superar los efectos negativos, no meras compensaciones. Aunque en ocasiones la misma Administración puede asumir la instalación de las medidas de corrección y repetir su coste contra el obligado por el modo⁵⁹. La admisibilidad de estos modos presenta dos posibilidades:

1) Obligación de la Administración de imponer modos de protección. Si bien las medidas concretas a imponer resultan de una valoración técnica de la Administración. Se trata de actuación reglada de la Administración, pero formulada con conceptos normativos indeterminados. Esta obligación de la Administración sería lo más congruente con un derecho del tercero a no ser perturbado en su situación jurídica.

⁵⁸ Vid. una tipología de modos supra Cap.5 I D)

⁵⁹ En este caso la responsabilidad por insuficiencia de los modos de protección no es imputable al particular, sino a la Administración que ha asumido la ejecución del modo (SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.22)

2) Facultad discrecional de la Administración, pero muy vinculada. La presencia de derechos de terceros afectados conduce a que la Administración esté muy constreñida en la ponderación de intereses, propia del ejercicio de poder discrecional⁶⁰. Esta es la posición mayoritariamente defendida en la doctrina alemana, que se puede explicar por el apego de la doctrina de ese país al concepto de modo como antigua orden de policía (poder discrecional de la Administración).

bb) Modos de compensación económica.

Su función es aminorar los efectos negativos que el disfrute de un acto administrativo puede ocasionar sobre terceros, o sobre bienes de interés general (por ejemplo, sobre acuíferos). Mediante una compensación económica se satisface, siquiera económicamente, el perjuicio soportado por tercero o por la colectividad. En todo caso tiene carácter subsidiario respecto de los modos de protección; esto es, sólo en caso de que el modo corrector sea imposible o desproporcionado (por inadecuado, inexigible o falta de rango en una ponderación de bienes jurídicos). Por tanto, no existe discrecionalidad de opción de la Administración para imponer un modo de protección o un modo de compensación económica.

cc) Modos de garantía de liquidez.

Es otra forma de protección de los derechos o intereses de terceros. Exige del particular un estado de liquidez con el que se pueda afrentar una indemnización por daños causados

⁶⁰ En relación con las licencias de hospederías, MÖRTEL, Ob.cit., art.5, párr.10

a terceros. Esta cláusula no supone una obligación de pago⁶¹, sino de mantenimiento de un estado financiero estable. Su contenido, por tanto, no es tan gravoso como una cláusula económica de compensación y está vinculado materialmente a los efectos del acto administrativo principal. Este modo es aceptable siempre que la exigencia de liquidez no llegue a constituir un bloqueo del patrimonio del particular. Pues en esa medida se afectan los derechos de propiedad y de libertad económica⁶²

dd) Modos de vigilancia o comprobación (Beweissicherung).

Se incluye aquí como una clase de modo de corrección porque las medidas de comprobación (como instalación de aparatos de medición) o vigilancia (sometimiento a inspecciones administrativas) pretenden evitar anticipadamente daños a intereses públicos o derechos de terceros⁶³. Estas medidas de comprobación o vigilancia deben ser en todo caso proporcionales: adecuadas para los fines de comprobación, soportables económicamente, para fines de protección de un valor relativo igual o superior que la libertad de actividad económica (art.38 CE) o el derecho de propiedad (art.33 CE). Por ello, serán ilícitos: un modo de sometimiento a inspecciones o vigilancias que dificulte una actividad económica normal, cuando el mismo fin protector se puede alcanzar por otros medios técnicos; un modo que obligue a dar a conocer datos de valor exclusivamente económico, sin relevancia para la protección del interés público concreto o de terceros; un modo de vigilancia o comprobación cuyo alto

⁶¹ BREUER, Ob.cit., p.170

⁶² LEISNER, Die Lenkungsauflage, cit., p.58 (referido a los arts. 14 y 12 GG)

⁶³ BREUER, Ob.cit., p.171

coste económico no se corresponda con una necesidad relevante de protección de intereses públicos o de terceros.

b) Modos de compensación.

La obligación modal tiene aquí por objeto reducir el privilegio que el otorgamiento de una resolución administrativa puede suponer. Estos modos son admisibles con carácter general, salvo lo que se dirá a continuación, siempre que el gravamen permanezca por debajo del efecto beneficioso del acto. A esta clase corresponden:

aa) Modos de traslado de responsabilidad (Haftungsklausel).

Al beneficiario del acto administrativo se le impone la obligación de responder por los daños y perjuicios que, en relación con terceros, pueda causar la actuación pública en el ámbito material del acto dictado. Por ejemplo, los daños causados a terceros por la Administración hidráulica en el ámbito de actuación de una concesión de aguas. Según SIEDER/ZEITLER esta cláusula es en principio inadmisibles, un ejercicio viciado de poder discrecional⁶⁴. En nuestro Ordenamiento, el art. 106.2 CE no exige que responsabilidad por funcionamiento de servicios público sea soportada precisamente por la Administración, pero esta exigencia si se contiene expresamente en el art. 139.1. LRJAP. Y esta regulación legal de la responsabilidad administrativa no es Derecho disponible por la Administración mediante una cláusula accesoria.

⁶⁴ SIEDER/ZEITLER, Ob.cit., art. 4, párr.14

bb) Modos de exoneración de responsabilidad (Freizeichnungsklausel).

Por esta cláusula modal se exime la Administración de toda responsabilidad por daños en relación con el destinatario del acto favorable⁶⁵. A esta cláusula hay que extender los argumentos de la letra anterior: el régimen legal de la responsabilidad administrativa es indisponible⁶⁶.

cc) Modos de reversión.

Se refiere a las instalaciones dispuestas por el particular para el aprovechamiento del dominio público. Mediante la cláusula de reversión se da una función social a la ventaja patrimonial que supone un título de aprovechamiento del dominio público. A la comunidad revierten las instalaciones utilizadas para el aprovechamiento. Se trata en principio de una cláusula compatible -por su función social- con la garantía patrimonial de la Constitución

⁶⁵ Vid. un supuesto de esta clase, para concesiones de aguas infra Cap.19 III B) b).

⁶⁶ El Tribunal Contencioso-administrativo Superior de Baviera (BayVGh), en sentencia de 2.11.1977, aceptó esta cláusula de traslado de responsabilidad administrativa. Según el Tribunal, la responsabilidad por culpa del particular (recogida, como principio, en el art. 823 BGB) puede extenderse, mediante un modo, hacia una responsabilidad por riesgos; el particular debe soportar los daños causados por la Administración en el ejercicio de competencias relacionadas con el aprovechamiento hidráulico. Este modo de exoneración de responsabilidad tiene su límite en la culpa grave y el dolo (téngase en cuenta que en Alemania la responsabilidad administrativa -Amtshaftung- es por culpa: art.839 BGB y 34 GG). Vid esta sentencia en: Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs 31 (1978), pp.34-40

(art.33 CE)⁶⁷. Ahora bien, no todas las instalaciones quedan cubiertas por la cláusula de reversión, sólo aquellas vinculadas materialmente al aprovechamiento que autoriza el acto administrativo. La extensión de la reversión a otros bienes del concesionario constituye un acoplamiento inadmisibles, una utilización del modo para la satisfacción de otros intereses económicos de la Administración (vid supra Cap.10 V A) y B).). Ese modo es entonces un gravamen independiente, no una parte del acto, y necesita por ello su propia autorización normativa para poder afectar a la situación patrimonial del particular⁶⁸

dd) Modos de renuncia a indemnización.

Este tipo de modo es admisible cuando, por ejemplo, se otorga a un particular licencia de apertura en edificio fuera de ordenación⁶⁹. El privilegio que supone esa licencia "contra plan" se compensa con el modo de renuncia a la indemnización. Claro que el modo ha de ser proporcionado, y por tanto la renuncia a indemnización no se puede referir a todo el edificio, sino a la nueva inversión. Son inadmisibles, en cambio, los modos de renuncia a indemnización cuando el particular no recibe un privilegio con el acto administrativo, sino el reconocimiento de su derecho: así, son inadmisibles las renunciaciones a indemnización por daños producidos por vecinos (piénsese, por ejemplo, en fábricas contaminantes) cuando se incluyen en una licencia de edificación⁷⁰.

⁶⁷ SCHACHEL, Ob.cit., p.139 (En relación con el art.14 GG)

⁶⁸ SCHACHEL, Ob.cit., p.140

⁶⁹ STS 7 marzo 1989 (Az.1775)

⁷⁰ SIMON, Ob.cit., art.74, párr.34 c)

c) Modos de complemento.

Con ellos persigue la Administración finés distintos al que dispone la norma asigna como típico al acto administrativo. El criterio de partida debe ser restrictivo⁷¹ para la admisibilidad de estos modos, por la "prohibición de acoplamiento" de fines en el acto administrativo (vid supra Cap.10 V B).). Algunos modos de este tipo son:

aa) Modos de limitación de la libertad contractual (por ejemplo contratación preferencial).

Su función es restringir la libertad negocial del particular (así, subvencionado) para promocionar a determinados sujetos económicos o para ejecutar la política económica del Estado. Según DIAZ LEMA y SCHLEICH esta cláusula es en todo caso inadmisibles⁷². En mi opinión, este modo es radicalmente inadmisibles cuando con él se persiguen intereses fiscales del Estado o de terceros. En otros supuestos se puede aceptar esta cláusula modal, pero con los siguientes límites:

i) Por exigencia de la prohibición de acoplamiento, el sujeto promocionado ha de estar relacionado con el objeto o actividad económica a que se refiere el acto administrativo.

ii) Y en segundo lugar, esta cláusula, restrictiva del derecho de propiedad y de la libertad de empresa, sólo es

⁷¹ Pero no excluyente, como afirma ELSTER, Ob.cit., p.225.

⁷² DIAZ LEMA, Ob.cit., p.172; SCHLEICH, Ob.cit., p.241; el mismo resultado en LEISNER (Die Lenkungsauflage, cit., p.58), en relación con el modo de actuar en favor de determinado tipo de sujetos, cláusula ésta incluida en subvenciones a establecimientos de beneficencia.

admisible, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cuando la promoción buscada responde a valores o principios constitucionales de suficiente rango (principio de proporcionalidad en sentido estricto), en concreto los principios del Título I, Cap. III CE (Principios rectores de la política social y económica).

d) Modos de aseguramiento del fin del acto.

Estos modos son admisibles con carácter general. Incluso en el acto reglado⁷³. Pues están cubiertos inmediatamente por el fin de la norma, con lo que se excluye la desviación de poder. Ahora bien, estos modos pueden ser ilícitos cuando suponen un restricción excesiva (desproporcionada) de derechos del particular.

aa) Modos de soportar el control administrativo.

Esta obligación de soportar es admisible⁷⁴, pero tiene límites. El control administrativo ha de ser compatible con el mantenimiento de la actividad económica (garantizada por los arts.38 y 33 CE)⁷⁵. (vid. supra a) dd).)

⁷³ ELSTER, Ob.cit., p.209. Vid supra Cap.10 II B) a).

⁷⁴ ELSTER, Ob.cit., p.225

⁷⁵ Un tipo de modo de vigilancia respetuoso con la libertad de empresa es la figura alemana del "comisionado de empresa" (Betriebsbeauftragter). Consiste en la obligación del concesionario de aguas de mantener un encargado de vigilar el cumplimiento de la legislación hidráulica y de las determinaciones de la concesión. Pero este encargado no es autoridad administrativa o comisionado de la Administración, sino comisionado del propio empresario (SIEDER/ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr. 20). La Administración no controla cómo ejerce este comisionado su función, garantiza simplemente que la empresa permita el desarrollo adecuado de la labor de supervisión (BREUER, Ob.cit., p.173; SIEDER/ZEITLER, Ob.cit.,

bb) Modo de prohibición de contratación de seguros privados.

Este modo tiene sentido en la subvención, para evitar que los fondos públicos se desvíen hacia sociedades aseguradoras, incumpliendo así el fin de la subvención. SCHLEICH rechaza con carácter general este modo, por afectar desproporcionadamente a la libertad de empresa⁷⁶. Aunque este criterio puede ser muy estricto, enunciado con carácter general. Por un lado, porque para el cumplimiento del fin de la subvención puede ser conveniente asegurar algunos riesgos de responsabilidad civil, evitando así una ruptura en la actividad económica de la empresa subvencionada. Y también, porque es reconocible la libertad de empresa aun recortando parcialmente la facultad de contratar primas de seguros.

cc) Modos de información (Mitteilungsaufilage).

Esta cláusula obliga al empresario a proporcionar información sobre la contabilidad de la empresa a la Administración. El límite de este modo está en el fin de aseguramiento. Más allá, la exigencia de información con interés fiscal no puede ser impuesta por medio de un modo⁷⁷. (vid. también supra a) dd).)

dd) Modos de vinculación al plan económico.

art.4, párr.20).

⁷⁶ SCHLEICH, Ob.cit., p.242

⁷⁷ SCHLEICH, Ob.cit., p.241. LEISNER (Die Lenkungsaufilage, cit., p.58) llega más lejos y rechaza con carácter general estas cláusulas, por afectar a la "privacidad económica" (protegida por los derechos fundamentales de los arts. 2 I y 12 GG)

El programa financiero y de plazos presentado en la solicitud por el particular, y aprobado por la Administración, tiene carácter de carga modal. Esta cláusula es plenamente lícita, por estar cubierta por el fin normativo del acto. El posible efecto desproporcionado de vincular la actuación económica del particular⁷⁸ está diluida por la esencia del modo. Pues el incumplimiento del modo da lugar a soluciones graduadas, sólo en última instancia a la revocación, con lo que se asegura la vigencia del principio de proporcionalidad.

e) Modos sobre bienes patrimoniales ajenos.

Es el caso de una medida de protección que ha de instalarse sobre un fundo ajeno. Conceptualmente se trata de algo similar, en Derecho civil, al legado de cosa ajena (modo de adquirir cosa ajena). Este modo es en principio admisible, válido⁷⁹. Por tanto, su incumplimiento debe suponer ejecución forzosa y subsidiariamente revocación⁸⁰. Pero esta admisibilidad ha de entenderse siempre en el sentido de que el cumplimiento del modo es posible para el particular, aunque sea costoso. Si el cumplimiento del modo es objetivamente imposible para el particular nos encontramos ante una cláusula nula, con lo que su incumplimiento no puede llevar a la revocación (vid. supra Cap.5 II C) b).)

f) Modos para cuyo cumplimiento se necesita una autorización

⁷⁸ Niega en todo caso esta desproporción, SCHLEICH (Ob.cit., p.240).

⁷⁹ En contra SIMON (Ob.cit., art.74, párr.34 g): sólo se pueden imponer obligaciones que se satisfagan con el propio patrimonio del gravado.

⁸⁰ SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.16

administrativa.

Es el caso de medidas de protección mediante construcciones, que necesitan licencia municipal de obras. Esta cláusula es admisible. Pero si no se obtiene la autorización administrativa requerida procede la ejecución forzosa del modo o, en última instancia, la revocación del acto⁸¹.

⁸¹ SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.16 a.

CAPITULO 14:
INCLUSIÓN O MODIFICACION POSTERIOR DE CLÁUSULAS
ACCESORIAS.

La inclusión de nuevas cláusulas en el acto se puede presentar de dos formas: como aplicación de un cambio normativo o sin que medie una nueva norma. Este esquema pretende superar la acumulación de tópicos sobre la modificabilidad del acto (así, la modificabilidad de la subvención y de la licencia de apertura, frente a la inmodificabilidad de la concesión demanial y de la licencia de edificación).

I. Por modificación normativa.

A) Planteamiento.

La inclusión o modificación de cláusulas accesorias del acto, como consecuencia de cambio normativo, son supuestos de revocación parcial¹. Las leyes administrativas especiales, en Derecho español, autorizan la revocación -y por tanto la modificación de cláusulas-, pero exigen, por regla general, indemnización (Vid. supra Cap.7 III B) a).). Un régimen jurídico peculiar parece darse para las autorizaciones y licencias de actividad económica. En relación con la licencia de industria afirmaba VILLAR: "(El autorizado) tiene que someterse a cualquier cambio en la legislación, aun en el

¹ Esta conclusión, en HÖNIG, *Ob.cit.*, p.104; SCHACHEL, *Ob.cit.*, p.147 (excepto para la inclusión o modificación de carga modal, que excluye del concepto de revocación). También se recoge este criterio en la legislación alemana: art.96 I BayBO; art. 12 I WHG

caso de que este cambio aumente sus obligaciones y éstas estén consignadas en la licencia"². Este planteamiento ha sido confirmado, para la licencia de apertura, por la teoría del "acto de tracto sucesivo" o "licencia de funcionamiento" (vid. infra II C)a).). Así dispone el actual art. 21 LPMA-Madrid: "Por razón de la normativa ambiental y sectorial vigente en cada momento podrá exigirse la modificación o ampliación de las medidas correctoras o protectoras inicialmente establecidas". Esta regulación peculiar habría derogado -o desplazado- el régimen del art. 16 RSCL (indemnización por revocación basada en cambio de criterios de apreciación).

De esta breve exposición se puede concluir que el régimen de la inclusión o modificación de cláusulas puede resultar demasiado rígido, por exceso y por defecto:

- Habría exceso al exigir en todo caso indemnización, cuando la modificación del acto sea consecuencia de cambio normativo.

- Habría exceso, también, si se exigiera indemnización por modificación o inclusión de cualquier tipo de cláusula accesoria. Tanto si se tratara de condición como de carga modal, término o reserva de revocación.

- Habría defecto si se permitiera la imposición de cualquier cláusula accesoria sin indemnización, por la simple circunstancia de un cambio normativo.

El régimen legal de la revocación por cambio normativo debe ser flexible y ponderado. No rígido. Sólo con márgenes de ponderación se pueden optimizar los principios constitucionales en el caso concreto. Un modelo de regulación

² VILLAR, La intervención...cit., p.427

flexible de la revocación es la contenida en la codificación administrativa alemana, art. 49 II 3 y 4 VwVfG³. Este precepto contiene dos reglas de principio: a) Autorización a la Administración para revocar el acto, por modificación de normas⁴; b) Obligación de indemnizar. Pero la aplicación de estas dos reglas tiene varias modulaciones:

- La revocación sólo es posible cuando de no producirse se ocasionaría un daño al interés público⁵

- Sólo se puede revocar cuando el receptor del acto aún no se ha beneficiado de él (Inswerksetzen) o no ha recibido aún la prestación que deriva del acto⁶.

- La indemnización no se da en todo caso, sino sólo cuando existe una situación de confianza legítima del particular en la permanencia del acto⁷.

También en nuestro Derecho se puede afirmar una aplicación ponderada de las reglas que regulan la revocación, y por ende del régimen de la modificación de cláusulas accesorias del acto. A ello se llega mediante una interpretación del régimen de la revocación de acuerdo con la Constitución. Como sigue.

³ Vid. ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.17 III 1; MAURER, Allgemeines...cit., Cap.11. párr.43

⁴ Se impone así el criterio, anterior a la codificación, de WOLFF/BACHOF (Ob.cit., Cap. 53 IV d; y Cap. 53 VI c), en contra de la opinión de FORSTHOFF (Ob.cit., p.266)

⁵ Regla ésta que incluso ha sido interpretada con rigor en la doctrina: revocación sólo para supuestos excepcionales de interés público: OBERMAYER, Kommentar...cit., p.51

⁶ Se incluye también el caso en que el acto haya sido disfrutado en una medida insignificante, en proporción a su contenido (KOPP, VwVfG, cit., art.49, párr.43)

⁷ SCHACHEL, Ob.cit., p.148

B) Límites a las nuevas normas que modifiquen el clausulado del acto.

a) Principio de proporcionalidad.

Por un lado, el cambio normativo tiene que ser proporcional (principio éste derivado del Estado de Derecho y que vincula al legislador y a la Administración). Proporcionalidad es lo que el TC llama "juicio de razonabilidad entre finalidad perseguida y medio utilizado"⁸. Ello implica una triple valoración del cambio normativo:

* Que sea adecuado al objetivo propuesto (Geeignetheit)⁹. Por ejemplo, en la licencia de apertura, que las nuevas exigencias de seguridad, salubridad o tranquilidad valgan precisamente para ello, para aumentar la seguridad, salubridad y tranquilidad. El juicio de adecuación, por tratarse de medidas normativas, debe ser moderado: mediante el cambio normativo se pretende una nueva configuración de las condiciones de vida futuras, y estas condiciones futuras dependen asimismo de la efectividad de la nueva norma. Por ello, una posible inadecuación actual puede convertirse en adecuación futura, una vez que la norma haya desplegado ya sus efectos. Es así que el poder normativo goza de una "facultad de pronóstico" (Einschätzungsprärrogative) de la realidad futura, tras la aplicación de la norma. Y por ello el juicio de adecuación no puede ser meramente actual, sino con una proyección futura. De esta forma, una norma sólo será

⁸ STC 108/84, FJ 4.

⁹ El control de adecuación es distinto cuando se trata de una norma que cuando lo es de un acto administrativo. Ello porque la norma se fija sus propios objetivos, para los cuales las medidas que contiene han de ser adecuadas; se ve que el juicio de adecuación aquí es interno a la misma norma. En ello se diferencia del acto administrativo, que ha de ser adecuado a un objetivo fijado por una norma antecedente (DEGENHART, Staatsrecht...cit., p.142)

inadecuada cuando no sea previsible que, tras su aplicación, los resultados sean inadecuados a los objetivos¹⁰.

* Que las nuevas exigencias del cambio normativo, siendo adecuadas, sean al mismo tiempo exigibles¹¹ (Erforderlichkeit). Entre las varias medidas adecuadas posibles se debe elegir aquélla que menos sacrificio suponga para los ciudadanos: principio de intervención mínima (Geringstmöglicher Eingriff).

* Que las nuevas exigencias de la norma, siendo adecuadas y exigibles, resulten además de mayor rango en una ponderación de bienes jurídicos en juego: "Principio de proporcionalidad en sentido estricto" (Proportionalität). Esta ponderación de bienes jurídicos tiene dos partes¹² (vid. supra Cap.11 I A): Ponderación abstracta (entre el interés público perseguido por la norma y el interés privado que resulta afectado). Como criterio objetivo de ponderación abstracta actúa el grado de reconocimiento constitucional de los distintos derechos fundamentales y valores acogidos por la Constitución. Y en segundo lugar, la ponderación concreta de bienes jurídicos, que hace referencia a la intensidad con la que un bien jurídico resulta afectado, en beneficio de otro.

A partir del principio de proporcionalidad se pueden calificar las distintas posibilidades que tiene una norma para afectar a un acto ya otorgado; y en su caso, para modificar

¹⁰ DEGENHART, Staatsrecht...cit., p.142. Esto tiene especial aplicación a la subvención, donde la actividad del subvencionado cambia las circunstancias previamente existentes (BLECKMANN, Ob.cit., p.102)

¹¹ Este subprincipio se encuentra en el art. 6.2 RSCL: "favor libertatis". Vid. LÓPEZ GONZÁLEZ, Ob.cit., p.20

¹² DEGENHART, Staatsrecht...cit., pp.143-144

su clausulado:

1.- Una posibilidad sería la petrificación de la situación jurídica determinada por una norma anterior. Un ejemplo es el sistema del "fuera de ordenación" urbanístico (art. 137 LS). Éste consiste en posponer la eficacia de la nueva clasificación/calificación del suelo; y mientras tanto se inmoviliza el derecho de propiedad, impidiéndose la adición de un valor económico que en el futuro puede encarecer la expropiación. Este modelo puede ser adecuado para la licencia de edificación y tolerable para la concesión demanial, pero es inadecuado para el régimen de las actividades clasificadas; los fines de salubridad, tranquilidad y seguridad no se alcanzan permitiendo que la actividad se desarrolle como hasta la fecha aunque impidiendo cualquier tipo de modificación o incremento de valor en la actividad autorizada. Aquí se requiere un cumplimiento rápido de las nuevas exigencias de seguridad, salubridad o tranquilidad.

2.- Para los casos en que es necesario un cumplimiento urgente de la nueva norma, la satisfacción del principio de proporcionalidad puede obtenerse si el cambio normativo se introduce con un adecuado régimen transitorio¹³ de adaptación y con ayudas públicas (técnicas, económicas y jurídicas) a la misma. Y en última instancia, si la adaptación no es posible, la norma debe prever una indemnización.

¹³ DEGENHART relaciona la existencia de un régimen transitorio con el principio de protección de la confianza legítima (Staatsrecht...cit, p. 139). Ello no es óbice para que también sirva de criterio para valorar la proporcionalidad.

b) Protección de la confianza legítima.

aa) Protección de la confianza e irretroactividad.

El cambio normativo ha de ser respetuoso con la confianza legítima de los particulares en la permanencia de la situación jurídica creada por el acto¹⁴. Sería inconstitucional una nueva norma que dispusiera que el particular debe soportar, llanamente, las nuevas cláusulas fijadas por la norma¹⁵.

Tradicionalmente, el argumento jurídico contra las nuevas exigencias normativas, nuevas cláusulas, era el principio de irrectroactividad. Entonces, la aplicación de nuevas normas sólo era posible con indemnización¹⁶.

Como superación del dogma de la irretroactividad de las normas se propuso la distinción entre status objetivo y

¹⁴ El principio de confianza legítima deriva del principio de seguridad jurídica, tal y como debe entenderse en un Estado de Derecho (sobre la neutralidad del principio de seguridad jurídica, vid. PÉREZ LUÑO, Ob.cit., p.21). La jurisprudencia española más reciente acoge este principio (reconociéndolo como importado de la dogmática alemana -a través del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas-, si bien con antecedente en el principio de buena fé): SSTs 1 febrero 1990 (Az.1285); 8 junio 1990 (Az.5180); 15 junio 1990 (Az.5185). Según LANDMANN/ROHMER, la protección de la confianza legítima es precisamente el principio constitucional que limita la aprobación de nuevas normas que impongan más gravámenes a los titulares de licencias de instalación y funcionamiento (Ob.cit., Introducción al art. 4, Párr.35).

¹⁵ STS 17 julio 1987 (Az.7523)

¹⁶ En relación con el art. 16.3 RSCL: cambios de criterio de apreciación en la Administración local, mediante modificación de Ordenanzas Municipales, que sólo se pueden imponer a licencias ya otorgadas mediando indemnización, SSTs: 17 enero 1969 (Az.77); 9 abril 1969 (Az.2391); 7 mayo 1969, (Az.2424); 28 febrero 1970, (Az.1145)

status subjetivo¹⁷. El primer status sería la situación jurídica tal y como viene creada y regulada por la ley. El acto administrativo concreto (el "acto condición", según esta teoría) no crearía status, se limitaría a remover el obstáculo para que se pudiera aplicar el status objetivo; y dado que la delimitación de la situación jurídica sólo es cosa de la norma, no del acto, la nueva norma podría cambiar, disponer un nuevo status; para ello no sería óbice el acto administrativo ya dictado. Por el contrario, cuando el acto administrativo sí determinara total o parcialmente la situación jurídica individualizada, status subjetivo, entonces la modificación de la norma, del status objetivo, no llevaría consigo la alteración de la situación jurídica individualizada, pues ésta vendría definida por un acto administrativo que se seguiría rigiendo por la ley del momento en que fue dictado. Aplicado a nuestro estudio, resultaría que las cláusulas "iuris" de un acto serían modificables (serían status objetivo), pero no las cláusulas accesorias (serían status subjetivo)¹⁸. Parece que el resultado es artificioso. Resultaría entonces que cuanto más exhaustiva fuera la ley (cuanto más "cláusulas iuris" contuviera) más fácil sería modificar la situación jurídica del titular del acto. O en otras palabras, cuanto más exhaustiva fuera la ley, menos seguridad jurídica.

¹⁷ Sigo la exposición de las teorías de DUGUIT y JEZE que hace LÓPEZ MENUÑO, El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Sevilla, 1983, pp.100-101. Antes, también, LEGUINA, Instalación, cit., pp.47-48. Esta distinción teórica ha sido asumida por el TC: SS. 70/1988 FJ 3; 99/1987 FJ 6.

¹⁸ A este resultado, aunque con otros términos, llega LÓPEZ MENUÑO (La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones, REDA 77 [1993], p.113): el "contenido natural" de la concesión de aguas, al ser "status objetivo" es disponible por el legislador. Mayores límites encontraría la modificación de las cláusulas subjetivas de la concesión.

En general se puede afirmar que el principio de irretroactividad (en sentido estricto) no es el límite a la imposición normativa de nuevas cláusulas no favorables, pues las nuevas exigencias normativas, las nuevas cláusulas, actúan para el futuro, lo que excluye el concepto estricto de retroactividad¹⁹. Y tampoco por el hecho de modificar el contenido de un acto se están vulnerando, sin más, "derechos adquiridos"²⁰. Pero ello no significa que no haya límites a

¹⁹ LEGUINA, Instalación, cit., p.49; SALA, Ob.cit., p.163; LÓPEZ MENUDO, El principio...cit., pp. 63 y, 114-115 (siguiendo la teoría de ROUBIER). Vid. SSTC: 27/1981 FJ 10; 108/86 FJ 17; 227/88 (Ley de Aguas), FJ 9; STS 24 marzo 1981, Az.1350 (vaquería en casco urbano; se corrige la doctrina de la STS 25 febrero 1976, Az.1479). Para Alemania vid.: BVerfGE 31,275; 36,281 y LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., Introducción al art. 4, párr.35.

En contra de este criterio, SSTS: 27 septiembre 1983, (Az.4658); 13 junio 1984, (Az. 3609); 7 octubre 1986, (Az.7429); STS 17 julio 1987, Az.7523 (Cine Pasaje en León): en relación con la aplicación de las nuevas exigencias de seguridad del RGPE a locales con licencia de apertura anterior, el TS declara que "El problema que aquí surge queda reducido a determinar si las disposiciones de dicho nuevo Reglamento...deben o no aplicarse retroactivamente". También en STS 11 julio 1989 (Az.5746) el Tribunal considera que la limitación a 95 años del tiempo de disfrute de las concesiones de cementerios, mediante Ordenanza Municipal, es un caso de retroactividad (y retroactividad ilícita, pues según el TS el Reglamento nunca puede ser retroactivo, en contra de la opinión de LÓPEZ MENUDO en El principio...cit., p.227). Vid también: STS 15 marzo 1991, Az. 2517 (licencia de exhibición de películas).

²⁰ La sustitución del principio de irretroactividad por el de respeto a los "derechos adquiridos", en FERNÁNDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.448) En contra: STC 6/1983, FJ 2: Es posible la modificación de beneficios fiscales, y no por ello se viola el marco de protección del art. 33 CE (derecho de propiedad); incluso el voto particular del Magistrado GÓMEZ FERRER en esta STC se limita a afirmar la necesaria coherencia del cambio normativo con la confianza de los particulares, lo cual no significa inamovibilidad de "derechos adquiridos". El TC ya había declarado (STC 27/1981, FJ 10) que la CE no recoge un principio de protección de los "derechos adquiridos", porque "la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía de la Constitución, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho".

la fijación de nuevas cláusulas por la norma. La eficacia del principio de seguridad jurídica no se agota en la interdicción de la retroactividad (propia). También es expresión de la seguridad jurídica la protección de la confianza legítima del particular en la permanencia del acto²¹.

²¹ El principio de protección de la confianza legítima es una formulación de origen alemán. Mas no se trata de un principio radicalmente nuevo, sino de un desarrollo doctrinal a partir del principio de buena fé. El principio de protección de la confianza legítima deriva directamente del principio de seguridad jurídica y da un sentido común a distintas garantías constitucionales del particular frente a la actuación estatal (irretroactividad de disposiciones no favorables, derecho de propiedad-garantía expropiatoria). El derecho de propiedad mismo "cumple una función de protección de la confianza legítima" (WEBER-DÜRLER, Ob.cit, p. 59), pero como una posibilidad no excluyente. Lo característico del principio de protección de la confianza es la búsqueda de un equilibrio entre situaciones jurídicas estables para el particular (como la propiedad, derecho de aprovechamiento, licencia de edificación) y el continuo cambio en la actuación estatal. En nuestro Derecho ese equilibrio se ha buscado normalmente por medio del instituto de la responsabilidad del Estado. Significativamente, ante leyes de jubilación anticipada algunas Sentencias de nuestros Tribunales reconocieron el derecho a indemnización de daños y perjuicios a quienes habían confiado en un tiempo más largo de vida activa (Vid. crítica en LEGUINA, La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en LEGUINA/SANCHEZ MORON, "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Madrid, 1993, p.411). Esto es: aplicación de la responsabilidad administrativa para solucionar una cuestión de confianza legítima. Y lo mismo se puede decir del antiguo art. 87.2 LS 1976, donde la confianza del titular de licencia en la permanencia del plan se protegía mediante la institución de la responsabilidad. En consecuencia, la aceptación del principio de protección de la confianza legítima en nuestro Derecho necesita una delimitación conceptual respecto de la responsabilidad. La confusión institucional no se da en Derecho alemán, porque allí el principio de protección de la confianza legítima viene a cubrir las deficiencias de un sistema incompleto de garantías patrimoniales: la estrechez institucional de la expropiación (Enteignung) y de la responsabilidad administrativa (Amtshaftung: en Alemania sólo por culpa y actuación ilícita) ha ido dando lugar a figuras atípicas, como el concepto de "sacrificio" (Aufopferung) o de "medidas equivalentes a la expropiación" (Enteignungsgleiche

Maßnahmen) que intentan llenar las lagunas del sistema alemán de garantías patrimoniales. El sentido común a todas estas figuras se encuentra en el principio de protección de la confianza legítima. Por tanto, en Derecho alemán la confianza legítima no ocupa el espacio de la responsabilidad, sino tierra de nadie. Ahora bien, el principio de protección de la confianza legítima no es una mera suma de garantías patrimoniales, o una nueva garantía de este tipo. Por ello, la propiedad (con su garantía expropiatoria) y las figuras similares no son más que instrumentos posibles, pero no los únicos para preservar o restablecer la situación jurídica estable del particular.

Para poder asumir en Derecho público español el principio de protección de la confianza hay que partir de los siguientes datos: 1. La seguridad jurídica se encuentra expresamente recogida como principio constitucional en el art.9.3 CE (por lo que no hace falta deducirla del Estado de Derecho, como en el caso alemán). 2. Las figuras de garantía patrimonial atípicas del Derecho alemán se cubren en España con la institución de la responsabilidad. Resulta que la responsabilidad en España está a mitad de camino entre el principio de protección de la confianza y la estrecha responsabilidad por culpa del Derecho alemán. Ello significa que algunas de las notas características que en Derecho alemán se han formulado para la protección de la confianza legítima, en España se han pregonado respecto de la responsabilidad del Estado. En este sentido, la STS. 12 mayo 1987 (Az. 5255) exigía, para proteger al titular de una licencia de edificación -mediante la institución de la responsabilidad- frente a una modificación del planeamiento: a) Situación de confianza en la permanencia de una determinada ordenación urbanística durante cierto tiempo. b) Realización de inversiones y gastos amparados por esa situación de confianza. Curiosamente, WEBER-DÜRLER (Ob.cit., p.176), refiriéndose al ordenamiento suizo, explica un régimen urbanístico muy similar mediante el principio de protección de la confianza. Y en el mismo sentido, en la responsabilidad española se admite la existencia de una "causa de justificación" que permita o exija un sacrificio especial en favor de la comunidad (PARADA, Derecho Administrativo I, cit., p.573), lo que es similar a la ponderación de los intereses en juego (público-privados) que exige el principio de protección de la confianza en el Derecho Público alemán. ¿Y si la responsabilidad del Derecho español está tan cerca de la protección de la confianza del Derecho alemán, para qué importar instituciones"? Muy sencillo: porque la protección de la confianza legítima es algo más que garantía patrimonial (como la responsabilidad). La protección de la confianza legítima se puede asegurar con otros instrumentos como regímenes transitorios o ayudas

A diferencia del principio de irretroactividad en sentido estricto, el principio de protección de la confianza legítima no considera en abstracto los efectos de la ley en el tiempo, sino que valora y pondera las situaciones ya existentes en relación con la nueva regulación²². El principio de protección de la confianza legítima no funciona con el automatismo y apriorismo del de irretroactividad, sino ponderadamente²³. El principio de protección de la confianza se fija en las situaciones jurídicas ya existentes, mientras que el principio de irretroactividad se concentra en la nueva

públicas que van más allá del marco de la simple garantía patrimonial.

²² Según LÓPEZ MENUDO, nuestra doctrina ha rechazado tradicionalmente una concepción rígida de la irretroactividad, rechazándose por tanto la teoría de los derechos adquiridos o la de los "facta praeterita". En nuestra doctrina se daría, según LÓPEZ MENUDO, una tendencia a la ponderación de intereses en cada caso (El principio...cit., p.121). Existe en nuestro Derecho, por tanto, una base idónea para la aplicación del principio de protección de la confianza legítima.

²³ Según LÓPEZ MENUDO, las fórmulas rígidas sobre la retroactividad tienen de negativo que evitan un control de fondo, de cómo las nuevas normas afectan a las situaciones de los particulares (El principio...cit., p.338). En el asunto de la STS 3 mayo 1983 (Az.2879) el Tribunal negó la aplicación "retroactiva" de nuevas Ordenanzas Municipales a una solicitud de licencia de apertura para un edificio construido anteriormente sin licencia municipal de ningún tipo. El Tribunal critica esta actuación del particular, que sin embargo resulta protegido al negarse la aplicación "retroactiva" de la nueva Ordenanza. Con el principio de protección de la confianza legítima este particular no habría obtenido licencia de apertura: quien no cumple las leyes no puede confiar legítimamente en su permanencia. También es interesante el caso de la STS 9 julio 1992 (Az.6292): la Administración declara caducada una concesión de aguas al aplicar inmediatamente el plazo de caducidad de tres años, sin disfrute de la concesión, que fija el art. 64.2 LA. El TS sostiene que se trata de una aplicación retroactiva de la LA. Pero con el principio de protección de la confianza sería dudoso que quien llevaba más de tres años sin disfrutar de una concesión pudiera impedir la aplicación de la nueva ley.

norma.

bb) Aplicación del principio de protección de la confianza legítima.

Para que el principio de protección de la confianza actúe como límite a una nueva norma es necesario que previamente se haya dado una situación de verdadera confianza legítima. No se da tal situación cuando la norma anterior ya anunciaba el sometimiento del particular a las cláusulas impuestas por futuras normas²⁴. Tampoco hay confianza legítima cuando el acto administrativo que creó una situación jurídica favorable para el particular contenía una cláusula de reserva (de modificación o de revocación); en este caso el destinatario del acto no podía ya confiar en la permanencia de su situación jurídica frente a un cambio normativo²⁵. Aunque hay que reconocer que la confianza en la permanencia nunca se puede destruir absolutamente²⁶, de lo contrario el acto carecería de todo efecto.

En nuestro Derecho se ha aceptado que una norma posterior puede modificar o imponer nuevas cláusulas en licencias de apertura ya dictadas. Esto se ha hecho afirmando

²⁴ Y aún en este caso, resulta constitucionalmente cuestionable, por infracción del principio de seguridad jurídica, la regulación de situaciones jurídicas patrimoniales débiles (por ejemplo, la del fabricante o comerciante): para Suiza, WEBER-DÜRLER, Ob.cit., p.83)

²⁵ Según WEBER-DÜRLER (Ob.cit., pp.77-78) la confianza legítima del particular se destruye haciéndole conocer la revocabilidad "ab nutum" de su situación. Por ello, no basta con la existencia de una regulación legal que prevea la absoluta revocabilidad de una resolución, hace falta además que esta situación sea conocida por el particular, lo que se asegura la Administración introduciendo esta revocabilidad legal como cláusula del acto administrativo (p.170).

²⁶ WEBER-DÜRLER, Ob.cit., pp.81-82

que la licencia de apertura es "de funcionamiento" o que contiene "implícita" una reserva de modificación. (vid infra II C) A).). Estas explicaciones son en muchas ocasiones incompatibles con el principio de protección de la confianza legítima, tal y como estoy explicando en este apartado. La denominación "licencia de funcionamiento" ha servido para permitir la modificación de actos cuya alteración no estaba prevista expresamente en la norma ni estaba reservada a la Administración mediante cláusula expresa en el acto. Ha servido para imponer nuevas cláusulas en licencias de apertura en cuya permanencia podía confiar legítimamente el particular, por no haber previsión expresa de modificación en la norma o en su licencia. En mi opinión, el principio es que sólo se puede hablar de "licencia de funcionamiento" cuando la norma advierte al particular la posible exigencia de nuevas medidas. En los demás casos ha de regir el principio de protección de la confianza legítima: a quien legítimamente confía en la permanencia de su situación jurídica no se le pueden oponer formulaciones doctrinales como la de la "licencia de funcionamiento". Esta afirmación admite, no obstante, modulaciones. Pues es cierto que nadie puede confiar legítimamente en que un acto permanezca inalterado eternamente, esté o no prevista en la ley la modificación de sus cláusulas. Pero esta matización no sirve para abrir, con carácter general, la posibilidad de modificar o incluir nuevas cláusulas. Por el contrario, ha de quedar reducida a dos casos: 1.El acto administrativo ha sido disfrutado ya durante un largo período de tiempo. 2.Las cláusulas que modifiquen o incluyan sean modos, pero no condiciones, reservas de revocación o términos.

El principio de protección de la confianza legítima tampoco es mera exigencia de que la Ley o Reglamento prevean una indemnización para que se puedan incluir nuevas cláusulas. La protección de la confianza legítima queda también garantizada con plazos de adaptación o ayudas, a fin

de que el cambio normativo sea compatible con la garantía de la confianza del particular²⁷. La fijación de plazos de adaptación para cumplir las nuevas cláusulas se rige por criterios que tratan de hacer compatibles las situaciones transitorias con la vigencia de otros principios, valores y derechos constitucionales²⁸.

²⁷ STC 27/1981, FJ 10: la seguridad jurídica puede quedar garantizada mediante "cautelas de transitoriedad". Ahora bien, si una Ley (no un Reglamento) no contiene esas "cautelas" (o son insuficientes) y produce un daño patrimonial, no cabe exigir indemnización del Estado legislador (LEGUINA, La responsabilidad, cit., p.411); pues si la Ley causa algún daño es porque no ha ponderado suficientemente el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) o el art.33 CE (derecho de propiedad); y entonces la Ley es simplemente inconstitucional, no dañosa.

En relación con el art. 13.2 RAMINP, que daba un plazo de 10 años para retirar vaquerías del casco de las ciudades, afirmaba DE LA MORENA que se trataba de un "equivalente económico indemnizatorio" (Actividades clasificadas y protección del medio ambiente, RAP 94 [1981], p.109). Pero me parece claro que una vaquería durante 10 años no es equivalente a una vaquería por tiempo indefinido. Por tanto, esos diez años de adaptación no son una medida indemnizatoria, sino un instrumento ponderado para garantizar la protección de la confianza de quienes legítimamente confiaban en la permanencia inalterada de su licencia de apertura.

²⁸ Para Derecho alemán, según el art. 7.2 BImSchG, los criterios rectores para la adaptación de la licencia de apertura son: tipo, cantidad y peligrosidad de la emisiones contaminantes; tiempo de rendimiento de la instalación; características técnicas. En especial, en cuanto al tiempo de rendimiento de una instalación, resulta que una instalación en activo desde hace mucho tiempo tiene amortizada ya la inversión inicial y ha generado ya beneficios, por lo que admite la imposición de un nuevo régimen en período más corto; a contrario, una instalación recién iniciada requiere un plazo más largo para la adaptación (LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.7, Párr.39e).

cc) Aplicación de este principio para el RGPE

La eficacia del principio de protección de la confianza legítima y su distinción respecto de la protección del derecho de propiedad se muestra ejemplarmente en el RGPE y en la STS 17 julio 1987, Az.7523 (Cine "Pasaje" en León). Las nuevas medidas de seguridad dispuestas por el RGPE se aplican según el siguiente esquema:

- Según la Disposición Transitoria del RGPE, las nuevas medidas de alumbrado, calefacción, ventilación e incendios se han de cumplir en el plazo de dos años (cuando es necesaria modificación de elementos constructivos) o de un año (cuando no se requiere modificación en la construcción). El TS considera legítima esta exigencia de modificaciones: "Por su perentoriedad y necesidad ineludibles para la seguridad pública"; y añade el TS: "Mas esta excepcional regla de retroactividad...no puede extenderse a todas las demás prescripciones del Reglamento puesto que si así se hiciese se vulneraría el principio de la seguridad jurídica"²⁹.

- Según el TS, las demás medidas que dispone el RGPE sólo se pueden exigir en relación con futuros edificios:

"Se infringiría obviamente la seguridad jurídica, si pedida y concedida una licencia con arreglo a la normativa vigente al tiempo de solicitarla...después cambia la normativa y se pretende que la licencia ya otorgada y ejecutada debe cambiarse y adaptarse, con

²⁹ En otro supuesto donde se trataba de aplicar una nueva normativa -municipal- de prevención de incendios a licencias de apertura anteriores el Tribunal se limita a decir que las nuevas medidas constituyen "un sistema de progreso", y por tanto son aplicables (STS 3 julio 1991, Az.6330). No hay aquí ponderación ni aplicación de principios constitucionales.

perjuicios tan graves como el de haber de cerrar un local autorizado o reducir sensiblemente su aforo...pues estos cambios de criterio no pueden aplicarse sin mediar a cambio la indemnización correspondiente como dice el artículo 16.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales".

- Y seguido a la anterior declaración, también afirma el Tribunal:

"...ello sin perjuicio de que...estas licencias de funcionamiento crean una relación permanente con la Administración, puesto que las exigencias del interés público demandan el funcionamiento correcto de la actividad y sus medidas correctoras; pero sin que puedan imponerse condiciones distintas a las ya concedidas o revocarse en todo o en parte las licencias otorgadas sin mediar la indemnización pertinente (artículo 33.3 de la Constitución)".

De los anteriores datos se puede extraer el siguiente esquema:

1. Al tratarse de una "licencia de funcionamiento", no se puede excluir radicalmente la modificación del clausulado de la licencia. Pero esta modificabilidad está limitada, como se expone a continuación.

2. En unos casos se trata de imponer nuevas condiciones potestativas. Esto es, nuevas exigencias esenciales para el ejercicio de la actividad permitida (calefacción, ventilación, alumbrado, protección contra incendios). La norma prevé un plazo de adaptación (1 ó 2 años). Con estos elementos se puede realizar la siguiente ponderación: el sacrificio -económico- que se impone al titular de licencia está aminorado por la existencia de cautelas de transitoriedad. Es un sacrificio tolerable (en ponderación relativa) frente a la intensidad del interés público en que consiste el cumplimiento urgente de las medidas más esenciales de seguridad y salubridad. De esta ponderación

resulta que no se ha quebrado la confianza legítima del particular. No ha lugar a indemnización.

3. Otras veces la norma impone nuevas cláusulas modales, esto es, no esenciales para el cumplimiento de los fines de policía del RGPE, pero cuyo cumplimiento supone un sacrificio económico elevado. Además, los plazos de adaptación son cortos, desde el punto de vista de la soportabilidad económica. Se trata de las "condiciones distintas a las ya concedidas" a que se refiere la STS que comento. De la ponderación propia del principio de protección de la confianza resulta aquí que estas cláusulas modales sólo se pueden imponer mediante indemnización, de acuerdo con el art. 16.3 RSCL. Pues el sacrificio económico es alto en comparación con el interés público protegido, y los plazos de adaptación no son suficientes para reducir esencialmente el gravamen económico.

4. Por último, en otros casos también nos encontramos ante cargas modales. Pero con un sacrificio económico menor. En estos casos, de la ponderación entre interés público y privado resulta que el particular está obligado al cumplimiento de los modos, sin indemnización.

C) Límites en la concreción de la norma al caso

La segunda fase de control del cambio normativo (inclusión de nuevas cláusulas) se encuentra en el momento de concreción de la norma al caso³⁰. La norma abre espacios de discrecionalidad o exige la integración de conceptos normativos indeterminados. En estos casos, es la resolución

³⁰ Concreción ésta absolutamente preceptiva para que se apliquen las nuevas medidas exigidas por la ley: STS 17 junio 1989 (Az.4730)

concreta la que debe precisar qué nuevas cláusulas se incluyen en cada acto administrativo. Así se da cumplimiento al principio de certeza jurídica que garantiza la Constitución³¹. Esta concreción se rige por los principios de proporcionalidad y de protección de la confianza legítima. Estos principios actúan directamente incluso en el caso de que la norma no haya dispuesto un régimen transitorio³²:

³¹ El principio de seguridad jurídica contiene, como especie, el principio de certeza jurídica (STC 227/88, 29 noviembre, FJ 10). Según PÉREZ LUÑO (*Ob.cit.*, pp.21/22), la certeza del Derecho (dimensión subjetiva de la seguridad jurídica) requiere la posibilidad de conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Y en mi opinión, este principio de certeza jurídico no puede limitarse a la publicidad de las normas (principio también recogido por el art. 9.3 CE, y por tanto algo distinto de la certeza jurídica), exige también la posibilidad de conocer el Derecho en concreto, tal y como afecta a cada particular; la certeza jurídica exige aquí, por tanto, la emanación de resoluciones administrativas que concreten la modificación normativa. Al mismo resultado se llega desde lo que DEGENHART (*Staatsrecht...cit.*, p.138) denomina dimensión temporal de la seguridad jurídica, el principio de protección de la confianza legítima: quien actúa amparado por un acto administrativo debe ser protegido en su actividad, pese a la existencia de un cambio normativo, en tanto su autorización no sea modificada; un resultado similar, en KOPP, *VwVfG, cit.*, art.49, párr.41. En contra, también en la literatura alemana, afirman LANDMANN/ROHMER, que los nuevos requisitos impuestos por una norma (sobre licencias de apertura) se aplican sin necesidad de inclusión de cláusula accesoria adicional (*Ob.cit.*, art. 7, párr.32), pues el autorizado está en todo momento sometido a la obligación de adaptarse directamente a las nuevas exigencias de la ley (*Ob.cit.*, art.7, párr.34). Esta afirmación se compagina difícilmente con el principio de seguridad jurídica/protección de la confianza legítima generalmente admitido en la doctrina alemana.

³² Vid. para Alemania: BVerfGE en NJW 1977, p.1053; BVerfGE 58,300,350 y ss; LANDMANN/ROHMER, *Ob.cit.*, Introducción al art 4, párr. 36; HOPPE, *Die wirtschaftliche Vertretbarkeit im Umweltschutzrecht*, Köln, 1984, p.148. Este era el caso de la BImSchG, que hasta 1985, fecha en que se introdujo el art. 7.2, no contenía disposiciones transitorias para la adaptación de las licencias conforme a la rancia GewO.

a) Proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad³³ (ahora rigiendo la aplicación de la norma al caso concreto) exige que las nuevas medidas sean adecuadas, exigibles (causen el mínimo sacrificio posible) y sean de mayor rango en una ponderación de bienes jurídicos. Con el principio de proporcionalidad no se pueden ya enjuiciar la medidas que, en abstracto, ha dispuesto la norma, esa valoración correspondía al poder normativo; no cabe ya un reproche de desproporción a lo dispuesto por la norma, es el momento ahora de modular las medidas dispuestas por la norma en el caso concreto³⁴.

b) Protección de la confianza legítima.

El principio de protección de la confianza legítima actúa según el siguiente esquema³⁵:

1.- Se trata, en primer lugar, de comprobar si en el caso concreto se da una "situación de confianza" (Vertrauensbestand), lo que precisa:

* Que el autorizado haya confiado en la permanencia de su situación jurídica. No es un análisis subjetivo, sino objetivo: "...no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le

³³ Recogido en el art. 106.1 CE, 84.2 LBRL y 6 RSCL. Vid SSTs 17 junio 1989 (Az.4730) y 17 julio 1989 (Az.5830)

³⁴ JARASS/PIEROTH, Ob.cit., p.385

³⁵ DEGENHART, Staatsrecht...cit., pp.138-139

induzcan razonablemente a confiar"³⁶. No hay confianza posible (o al menos está resulta muy debilitada) cuando el acto administrativo incluía una cláusula de reserva de posteriores modificaciones.

* Que a partir de esa situación de confianza el autorizado realice gastos (así, la instalación autorizada; contratación confiando en una subvención otorgada; inversión técnica de un concesionario de aguas).

* Que la confianza del particular sea merecedora de protección (Schutzwürdigkeit): "Cuando la intención del legislador era precisamente dar ocasión a los correspondientes gastos"³⁷.

2.- Comprobada la situación de confianza legítima procede una ponderación entre la protección del destinatario del acto y los fines que se pretenden alcanzar con la nueva regulación.

3.- Determinación de la medida de protección del particular. Ésta puede ser indemnizatoria (en España, por la institución de la responsabilidad), de adaptación temporal, de ayuda económica o técnica, o una combinación de ellas. Es decir: la inclusión de nuevas cláusulas no supone sin más indemnización, sino sólo cuando ésta sea necesaria para no quebrar la confianza legítima del particular³⁸.

³⁶ STS 1 febrero 1990 (Az.1258)

³⁷ DEGENHART, Staatsrecht...cit., p.138

³⁸ En todo caso, una posible indemnización tendría su fundamento en la actuación administrativa de concreción o decisión para el caso particular. No habría imputación de daño a la Ley, sino a la Administración.

II. Inclusión o modificación posterior de cláusulas sin que exista cambio normativo.

En ocasiones se trata sólo de sustituir una cláusula del acto por otra menos gravosa. Esta sustitución es posible³⁹. Pero con límites: no cabe la sustitución cuando con esa cláusula se protegen los intereses de terceros o cuando dicha cláusula era de obligatoria imposición por la Administración, y sin ella no se podía dictar el acto administrativo⁴⁰. Otras veces la inclusión o modificación de cláusulas tiene un efecto negativo para el titular del acto. Esta inclusión tiene lugar por un cambio de apreciación en la Administración que dictó el acto, o por un cambio en las circunstancias objetivas que en su momento determinaron el otorgamiento.

A) En la subvención.

Según GALLEGO ANABITARTE⁴¹ y DÍAZ LEMA⁴², no es posible la imposición discrecional de un modo en el acto de subvención, a no ser que venga determinado por una nueva norma. Pero este criterio restrictivo ha de quedar ahora limitado al caso de cambio en los criterios de apreciación de la Administración, pues en la actualidad el art.81.8 LGP permite la inclusión de nuevas cláusulas por alteración de circunstancias objetivas⁴³.

³⁹ DÍAZ LEMA, Subvenciones...cit., p.180

⁴⁰ BLECKMANN, Ob.cit., p.133

⁴¹ La acción...cit., p.206

⁴² DÍAZ LEMA, Subvenciones...cit., pp.183-184

⁴³ Dispone el art.81.8 LGP: "Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, y en todo caso la obtención concurrente de subvenciones...podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión". A la misma conclusión llega en

B) En la concesión de dominio público.

El art. 63 LA regula la "revisión" de la concesión de aguas. Aquí hay que incluir la modificación de las cláusulas de la concesión⁴⁴. Y dependiendo de cuál sea la cláusula a modificar así se va a seguir un determinado procedimiento. Según el art. 158 RDPH, la modificación de las "características esenciales de la concesión" se rige por el complejo procedimiento de los arts. 143 y ss RDPH (con trámites preceptivos de información pública y en muchos casos trámite de proyectos en competencia). Si las cláusulas que se modifican no son esenciales se sigue el procedimiento, más sencillo, de los arts. 159 y 160 RDPH (básicamente, se eluden los proyectos en competencia y el trámite de información pública es potestativo). A la misma conclusión se llega en el RC. Su artículo 156.3 dispone que la modificación "sustancial" de la concesión ha de regirse por las mismas reglas que el otorgamiento original. Y por ende, las demás modificaciones no deben cumplir tales formalidades. De acuerdo con nuestro sistema, resultaría que la modificación de las condiciones (en sentido propio) de la concesión tienen un procedimiento de modificación más complejo que cuando se trata de la modificación de una cláusula modal, no esencial⁴⁵.

Alemania BLECKMANN (Ob.cit. p.130), si bien allí esta modificación de cláusulas ha de ser con indemnización.

⁴⁴ Otras posibilidades de modificar la concesión se encuentran en los arts. 57.3 LA (modificación de la toma o captación) y 59.3 (cambio en la procedencia del caudal). La LA también fija supuestos de necesidad o urgencia en que se pueden imponer límites a los aprovechamientos (art. 53.2: explotación racional; art. 54 LA: acuífero sobreexplotado; art. 56 LA: situaciones de urgencia). Pero en estos casos no parece que se trate de una modificación del título, sino más bien una suspensión parcial y temporal de ejercicio de las facultades que otorga la concesión.

⁴⁵ Al mismo resultado, aunque sin distinguir entre condiciones y modos, llega LÓPEZ MENUDO, La concesión...cit., p.119. Además, este autor identifica unos supuestos de modificación

Según el art. 77.1 a) LC la Administración podrá "modificar" la concesión cuando se hayan alterado los supuestos determinantes de su otorgamiento. Se sigue así el modelo del art. 63 LA, según el cual la "revisión" de la concesión por causas objetivas tiene lugar sin indemnización. Con acierto distingue LÓPEZ MENUDO, para la concesión de aguas, entre "modificación del derecho concesional" y modificación del "modo de ejercicio": el modo de ejercicio sería más bien una cuestión de policía demanial, y por ello, aparentemente, más fácilmente modificable, al no haber "incidencia sobre el derecho"⁴⁶. Esta idea se puede desarrollar a partir de la distinción entre condiciones y modos de la concesión y con una interpretación constitucional de estas cláusulas, como sigue. Ciertamente es que el art. 63 LA no exige indemnización por la "revisión" objetiva de la concesión. Pero al suprimirse la garantía patrimonial hay que entender que se refuerza otra garantía constitucional: la protección de la confianza legítima. Y entonces, no hay facultad libre de "revisar" ante cambio de circunstancias objetivas. Se trata más bien de una cuestión de ponderación entre interés público y privado. La modificación o inclusión de una condición (en sentido estricto: cláusula esencial) de la concesión supone un sacrificio especial del concesionario, y por ello sólo puede tener lugar ante un interés público de especial intensidad, no ante la mera alteración de las circunstancias objetivas. En cambio, la modificación de una cláusula modal de la concesión supone un menor coste relativo para el concesionario, por lo que se puede exigir también para el cumplimiento de intereses públicos de segundo orden.

(como la exigencia de mejoras de captación) que no se regirían por procedimiento formal, bastaría una notificación motivada (p.120)

⁴⁶ LÓPEZ MENUDO, La concesión...cit, p.119.

c) En la licencia de apertura.

a) Fundamento.

El Derecho positivo español contempla marginalmente la imposición de nuevas medidas en las licencias de apertura o actividad, preferentemente como orden de subsanación de deficiencias⁴⁷ o como medida excepcional en situación de peligro⁴⁸. En otros casos no resulta claro el origen de una medida ulterior (cfr.art. 74.2a RGPE: "medidas de policía, de carácter general o particular").

Mas la carencia de previsiones normativas expresas para modificar el clausulado del acto ha sido obviada por la doctrina y jurisprudencia⁴⁹. Cabrían varias formulaciones teóricas para admitir la modificabilidad del clausulado de la licencia:

aa) El poder de policía, del que fue manifestación la licencia original, no se agotó con ella. La Administración puede seguir dictando órdenes y prohibiciones, generales o especiales.⁵⁰

⁴⁷ Por incumplimiento del clausulado de la licencia: arts: 35 y 36 RAMINP; art.14 b) Instrucción 1963

⁴⁸ Cfr: arts. 22.1, 23, 28 a) y c), 32 Decreto 833/1975: efectos de la declaración de zona de atmósfera contaminada; art. 38 Decreto 833/1975: actuaciones en los estados de emergencia); art.14 c) Instrucción 1963)

⁴⁹ Vid.: Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, El medio ambiente...cit.,p.101; y DE LA MORENA, Ob.cit.,p.103

⁵⁰ VILLAR, La intervención...cit., p.427: "El titular de la autorización está sometido "in genere" a las normas de policía industrial, en el sentido de no constituir la autorización o licencia un arma contra ulteriores decisiones de la autoridad"

bb) El tipo de "licencias de funcionamiento" o de "tracto sucesivo" admite una continua modificación de su clausulado, para adecuar el contenido del acto a la realidad cambiante⁵¹. Y en la misma línea se afirma que en la licencia de apertura "hay un derecho debilitado que cedería ante la norma y el interés público"⁵². Como señaló Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, "Nadie puede adquirir legítimamente, y menos a través de un simple instrumento autorizatorio, el derecho a dañar a otro o a crear situaciones permanentes de riesgo para terceros"⁵³. Según la jurisprudencia, las "licencias de funcionamiento en cuanto autorizan el desarrollo de una actividad a lo largo del tiempo generan una relación permanente con la Administración, que en todo momento podrá acordar lo preciso para que la actividad se ajuste a las exigencias del interés público -condición siempre implícita en este tipo de licencias-"⁵⁴. En mi opinión no se debería aludir a ficciones como la "condición implícita" (en realidad, reserva de posterior modificación), pues el poder de imponer nuevas medidas lo debe otorgar expresamente la norma a la autoridad de policía, sin ficciones.

cc) En la norma (medioambiental, urbanística), se contiene una obligación general del titular de una licencia de llevar a cabo su actividad sin menoscabo para la

⁵¹ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, El medio ambiente...cit., pp. 196 y 112. El autor deja claro que "tracto continuo" no es "precario" (p.113). STS 11 febrero 1993 (Az.533)

⁵² STS 23 marzo 1992 (Az.3229). También ha dicho Tomás-Ramón FERNÁNDEZ que la licencia de apertura concede "simples expectativas de continuidad esencialmente condicionadas a la permanencia de su compatibilidad con el interés público" (El medio ambiente...cit., p.112)

⁵³ Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, El medio ambiente...cit., p.116

⁵⁴ STS 8 octubre 1988 (Az.7455). Vid. también SSTs: 4 octubre 1986 (Az.7402); 30 junio 1987 (Az.6597); 17 junio 1989 (Az.4730); 17 julio 1989 (Az. 5830); 10 junio 1992 (Az.5109)

tranquilidad, seguridad y salubridad generales. Esta es la solución del Derecho alemán. Las medidas correctoras, propuestas por el propio autorizado e impuestas por la Administración, son una concreción de esa obligación general en determinado momento, pero no extinguen la continua vigencia de la obligación de no deteriorar el medioambiente o perjudicar al vecindario⁵⁵. Esta obligación no se encuentra expresamente recogida en el RAMINP, pero se podría deducir de los arts. 1 (objeto del Reglamento) y 2 (actividades sometidas al Reglamento). La obligación legal que se comenta si está expresamente formulada en el art. 5 BImSchG, que obliga al titular de la licencia a que la actividad económica sea compatible con la preservación del medioambiente, en los términos en que el estado de la técnica (Stand der Technik) lo permita (art.5.2 BImSchG). Esta obligación general se puede concretar mediante Reglamentos (art.7 BImSchG) y en última instancia mediante cada licencia en particular. Pero dado que en todo caso el autorizado sigue vinculado por la obligación general, la Administración puede imponer nuevas cláusulas para su efectivo cumplimiento. Según el art. 17.1 BImSchG⁵⁶:

"Para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Ley y de sus Reglamentos de desarrollo se pueden imponer nuevas medidas posteriores al otorgamiento de la licencia. Si se comprueba, tras el otorgamiento de la licencia, que la generalidad o el vecindario no se encuentran suficientemente protegidos frente a consecuencias perjudiciales para el medioambiente u otros peligros, perjuicios o molestias de consideración,

⁵⁵ Por ello, cuando el avance de la técnica demostrara que un colindante sufre daños o perjuicios que antes no se conocían, dicho particular podría exigir de la Administración la imposición de nuevos modos de protección (LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.10, parr.17 b.)

⁵⁶ Y en similares términos: arts: 5 Gaststättengesetz; 33 a) Gewerbeordnung

la Administración debe imponer nuevas medidas".

El incumplimiento de la obligación general de protección del medioambiente no deriva de un incumplimiento del clausulado de la licencia por el particular, sino de circunstancias ajenas a su voluntad, bien conectadas a su establecimiento (incumplimiento de la obligación medioambiental general, por ejemplo, cuando las medidas correctoras ya no se corresponden con el actual estado de la técnica⁵⁷), o bien relacionadas con factores externos (aumento de los niveles globales de contaminación por emisiones de otras instalaciones⁵⁸). Tales medidas no son más que una nueva concreción de la obligación permanente de respeto al medioambiente⁵⁹.

dd) El fundamento de estas cláusulas nuevamente impuestas se puede encontrar también en el régimen de la revocación de licencias. Según el art. 16.1 RSCL "deberán ser revocadas (las licencias) cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación". Es una revocación sin indemnización (16.3 RSCL). Por aplicación del principio de proporcionalidad la obligación de revocar se puede rebajar a una imposición de nuevas cláusulas que adecúe el contenido de la licencia al cambio en la realidad⁶⁰. El

⁵⁷ SELLNER, Ob.cit. párr.422

⁵⁸ Según jurisprudencia sobre el art. 25.3 GewO; SELLNER, Ob.cit., párr. 422

⁵⁹ SELLNER, Ob.cit., párrafos 417,422 y 456

⁶⁰ Esta solución (antes condicionar o modalizar que revocar) se puede encontrar con carácter general para el Derecho alemán en KOPP, VwVfG, cit., art.36, párr.5 (Y hay que recordar que en aquél Derecho esa imposición de nuevas cláusulas sería con indemnización). Un caso interesante se dio en BVerwGE 49,160: En un hospedaje con licencia de

problema es entonces determinar cuándo nos hayamos ante un cambio de circunstancias objetivas; por ejemplo, ¿El aumento de las inmisiones como consecuencia de nuevas licencias de apertura es un cambio objetivo de circunstancias? Hasta ahora, la doctrina judicial aplica un concepto restrictivo de "circunstancias objetivas"⁶¹

b) Procedimiento.

El procedimiento para la modificación o inclusión de cláusulas modales no ha de ser igual que el procedimiento inicial, por el que se dictó el acto. Debe ser un procedimiento flexibilizado y simplificado⁶². Cobran especial importancia entonces las formas convencionales y la iniciativa del particular. El art.61 D.833/75 (regulador de las licencia de ampliación de instalaciones industriales) permite que el particular equilibre dentro de sus propias instalaciones los niveles de emisiones contaminantes, de forma que el control administrativo sólo se realiza sobre el

apertura (Gaststättenerlaubnis) se dan casos de prostitución de menores, sin que el titular de la licencia, aparentemente, tuviera conocimiento de esta situación. Aun no habiendo incumplimiento del titular de la licencia, la Administración podía, ante las circunstancias que se deban, revocar la licencia de apertura; el Tribunal afirma que el principio la revocación de la licencia fue un sacrificio desproporcionado de la libertad de ejercicio de profesión (Berufsfreiheit: art. 12 GG): antes de revocar la Administración debió haber impuesto un modo que sirviera para la erradicación de las causas de revocación.

⁶¹ Cfr. SALA, Ob.cit., p.152

⁶² Una condición, en tanto modificación sustancial del acto, precisaría de un nuevo procedimiento formal, con audiencia de parte, etc. Y el consiguiente gasto administrativo, mientras que el modo no requiere un nuevo procedimiento resolutivo con todas sus instancias: MÖBLE, Ob.cit., p.235 (en relación con el "Planfeststellungsbeschuß").

nivel total de inmisiones. Se sustituye la medida administrativa, por tanto, por un plan global del particular, controlado por la Administración. En Derecho alemán, el art. 17.3a BImSchG va más lejos. Obliga a la Administración a prescindir de cláusulas complementarias cuando el titular de la licencia presenta un "plan de medidas técnicas" por el cual los niveles globales de inmisiones contaminantes son menores de los que se derivarían de imponer nuevas medidas correctoras a cada instalación; procederán entonces medidas complementarias para asegurar que el particular cumple con el plan de medidas técnicas presentado.

c) Límites

El contenido de la cláusula adicional ha de ser típicamente modal. La condición supondría un cambio esencial en el acto, mientras que el modo es un instrumento flexible de adaptación. SELLNER limita las cláusulas adicionales a aquéllas obligaciones modales que también pudieron ser impuestas en el momento de otorgamiento de la licencia; sin embargo la tipología que acepta puede ser también considerada como condición (Limitación del tiempo de producción; traslado; utilización de combustible bajo en azufre; instalación de desempolvamiento)⁶³. En la doctrina alemana se afirma que la imposición de las cláusulas adicionales es una facultad discrecional de la Administración⁶⁴. Pero ello con muchas matizaciones. En primer lugar, porque toda discrecionalidad administrativa está vinculada al fin de la norma (arts.40 VwVfG; 114 VwGO). Además, la formulación de la discrecionalidad en el art. 17.1 BImSchG tiene dos grados de

⁶³ Cfr. SELLNER, Ob.cit., párr.436

⁶⁴ SELLNER, Ob.cit., párr.431

intensidad⁶⁵: con carácter general la Administración "puede" imponer nuevas medidas. Mas cuando existe previa comprobación de que se producen influencias medioambientales perjudiciales en la generalidad o en el vecindario, la Administración "debe normalmente" (salvo supuesto excepcional), no sólo "puede", imponer nuevas medidas. La concreción de este deber depende de una ponderación de los intereses del autorizado y terceros afectados en su medioambiente⁶⁶. Esta ponderación no es otra cosa que la aplicación del principio de proporcionalidad a una facultad discrecional de la Administración. La potestad de imponer nuevas cláusulas en la licencia será más intensa, por ejemplo, cuando se trate de agresiones a la pureza de la atmósfera que a la tranquilidad (perturbada mediante el ruido)⁶⁷. El art. 17.2 BImSchG contiene una referencia expresa al principio de proporcionalidad como límite a la adición de nuevas cláusulas y su relación con el principio de protección de la confianza legítima:

"La autoridad competente no puede imponer una medida posterior cuando ésta sea desproporcionada, sobre todo, cuando el gasto consecuencia de la medida no guarda proporción con el resultado pretendido; para ello se toman en cuenta, en especial, el tipo, cantidad y peligrosidad de las emisiones procedentes de la instalación y la inmisiones a que da lugar, así como el tiempo de utilidad y las particularidades técnicas de la instalación. En caso de que no se pueda imponer una medida adicional por desproporcionada, la autoridad competente debe revocar total o parcialmente la licencia de acuerdo con los requisitos del art. 21.1, párrafos 3 a 5; es de aplicación el art. 21.3 párrafos 3 a 6".

⁶⁵ SELLNER, Ibidem.

⁶⁶ Jurisprudencia del BVerwG en torno al art. 25.3 GewO: vid. SELLNER, Ob.cit., párr.432

⁶⁷ SELLNER, Ob.cit., párr.431

Se engarzan así el principio de proporcionalidad y el de confianza legítima como límites al ejercicio de la discrecionalidad en la imposición de cláusulas adicionales. En la medida en que una nueva medida es proporcional (fundamentalmente, "proporcionalidad en sentido estricto": ponderación de los bienes jurídicos en juego), se prescinde ya de la comprobación de si la confianza legítima en la permanencia intangible de la licencia se ha respetado. Cuando la medida es desproporcionada quiebra al mismo tiempo la confianza del particular, y por tanto es exigible una revocación formal (total o parcial) y con indemnización. Se pierden de esta forma los contornos de los principios de proporcionalidad y protección de la confianza legítima, y ello porque la aplicación de ambos principios contiene un elemento valorativo, de ponderación de bienes jurídicos.

La valoración de una cláusula adicional a la luz del principio de proporcionalidad se puede concretar en: estado de la técnica y soportabilidad económica. Estos conceptos están en el art. 72.1 del Decreto.833/1975: "En los casos en que el Ministerio competente por razón de la actividad lo estime conveniente, y sea técnica y económicamente posible, podrá exigirse la instalación de aparatos de control con registro incorporado..."⁶⁸. El límite de la adecuación al estado de la técnica es una exigencia de realismo práctico: no se pueden exigir mejoras técnicas inexistentes o imposibles. A este resultado también se podría llegar calificando la medida adicional como radicalmente nula, por ser de contenido imposible (art. 62.1.c) LRJAP).

En la doctrina alemana se ha tratado exhaustivamente el criterio de la soportabilidad económica de una cláusula. Según esta doctrina, la valoración de la soportabilidad

⁶⁸ En Alemania la doctrina deduce estos conceptos del art. 25.3.3 GewO y art. 17.2, primera línea, BImSchG

económica de la cláusula adicional no se refiere a cada instalación concreta, sino de una forma objetiva al tipo de instalación de que se trate⁶⁹. El punto central para la valoración de la soportabilidad económica es el principio de lucro que rige la actividad económica, y este a su vez se concreta en la circunstancia de si con los gastos que supone el cumplimiento de las medidas adicionales aún se puede concurrir en el mercado con precios competitivos⁷⁰. Aun en el caso de que las medidas proyectadas resultaran desproporcionadas, ello no impediría radicalmente su inclusión. Se formularían entonces no como cargas modales, sino como condiciones suspensivas, que exigirían un determinado comportamiento (cumplimiento de las nuevas medidas) en cuanto el estado de la técnica o las circunstancias económicas del tipo de instalación lo permitiesen⁷¹

Por último, también toda cláusula adicional ha de respetar el principio de igualdad⁷². Lo que se valorará a la luz de los precedentes y la motivación de la cláusula.

⁶⁹ HOPPE, Ob.cit., p.32; SELLNER, Ob.cit., párrafos 443-446

⁷⁰ HOPPE, Ob.cit., p.162; SELLNER, Ob.cit., párr.449

⁷¹ SELLNER, Ob.cit. párr.451

⁷² SELLNER, Ob.cit., párr.434

CAPITULO 15:
CONSECUENCIAS DE LA ILICITUD DE UNA CLÁUSULA ACCESORIA

I. En Derecho civil.

El Código civil dispone consecuencias jurídicas diferencias para el caso de que una cláusula accesoria del acto jurídico sea inválida. En el testamento, "las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o las buenas costumbres se tendrán por no puestas" (art.792 C.c)¹. Esta regulación sirve para proteger al futuro heredero, quien en nada ha contribuido a la inclusión de una cláusula inválida en el testamento². Esta situación es ciertamente parangonable, en muchos casos, con el acto administrativo, donde el particular se limita a solicitar, sin contribuir a la inclusión de cláusulas inválidas en el acto.

Cuando se trata de obligaciones, el art. 1116 C.c. dispone que las condiciones inválidas "anularán la obligación que de ellas dependa". Sólo se tiene por no puesta la condición, según el mismo art. 1116 C.c., cuando aquélla se refiere a un no hacer lo imposible³. En este punto el Código

¹ Esta era la solución que con carácter general defendía SAVIGNY para las "restricciones de la declaración de voluntad" (System...vol.III, cit., p.122).

² PUIG BRUTAU, Fundamentos...cit.,p.110

³ MONTES (Ob.cit.,p.1064) interpreta este precepto en el sentido de que lo que verdaderamente se anula es la "obligación", pero no la totalidad del negocio jurídico, a no ser que la cláusula viciada haya sido determinante para la perfección del negocio jurídico. Pero esta interpretación me parece más propia del art. 139 BGB (vid. infra en el texto) que del art. 1116 C.c.

Aquí hay que tener en cuenta que, según DE CASTRO (Las condiciones...cit.,p.88), en nuestro Derecho se ha aplicado frecuentemente la regla "utile per inutile non vitiatur" en

no distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias. Y no menciona otro tipo de cláusulas, como el modo.

La doctrina civil española se ha esforzado en distinguir la invalidez de un modo respecto de la de una condición. Según TORRALBA y DE LOS MOZOS, el modo ilícito se tiene por no puesto, a diferencia de la condición⁴. Se exceptúa el caso del modo determinante, al que se otorgan efectos invalidantes de la totalidad del acto⁵. Pero en esto la doctrina española no está trabajando sobre las reglas del Código civil, sino a partir de esquemas teóricos ajenos. Uno de ellos podría ser el Derecho de Pandectas. En mi opinión, el C.c. español distingue entre "condiciones" en las obligaciones y en el testamento, no entre condición y modo; o al menos esta segunda distinción es secundaria y oscura.

Distinto tratamiento tiene la invalidez de las cláusulas del negocio jurídico en el BGB alemán. Este Código no se refiere a la condición exclusivamente, sino en general a las partes inválidas del negocio jurídico. Y tampoco el criterio de distinción es el tipo de negocio jurídico (testamento o contrato), como en el C.c. español. Dispone el art. 139 BGB:

"Si una parte del negocio jurídico es nula, también es nulo todo el negocio jurídico, a no ser que se se entienda que aquél también se habría perfeccionado sin la parte nula"

contratos cuando la cláusula nula se incluyó contra una ley protectora del contratante más débil, pues si se anulaba todo el contrato se afectaba, en realidad, a aquella parte a quien la ley quería proteger. El mismo razonamiento -conservación del acto en favor de la parte débil- podría explicar la tendencia de la jurisprudencia administrativa a conservar el acto administrativo con cláusulas nulas.

⁴ TORRALBA, El modo...cit., p.163; DE LOS MOZOS, "Modo"...cit., p.551

⁵ TORRALBA, El modo...cit., pp.159 y 163

Y aplicando este precepto se distingue en la doctrina entre condición suspensiva y resolutoria. Una condición suspensiva viciada contagia su mácula a todo el negocio jurídico. En cambio la condición resolutoria inválida se tiene por no puesta⁶

II. En Derecho administrativo.

A) Del negocio jurídico civil al acto administrativo

La teoría de la nulidad del acto administrativo es reflejo de la elaboración doctrinal del negocio jurídico civil⁷. Y en consecuencia, la literatura iuspublicista reproduce el debate de la doctrina privada. TEZNER planteaba para el acto administrativo la siguiente alternativa: la cláusula nula o se tiene por no puesta o invalida todo el acto; y se inclinaba por esta segunda posibilidad⁸. Según KORMANN había que optar entre tres posibilidades⁹:

1. La cláusula se tiene por no puesta (es nula), sin necesidad de impugnación.

2. La cláusula es anulable. Mas la anulación de la cláusula no afecta al resto del acto.

3. El acto administrativo en su totalidad es anulable.

⁶ HEFERMEHL, Ob.cit., p.355. Similar criterio ha propuesto para España PUIG BRUTAU, Fundamentos...cit., pp.110-111, aunque esta afirmación es difícilmente cohonestable con el Código, que no se fija en la importancia de la cláusula en el conjunto del negocio jurídico, sino en el tipo de negocio.

⁷ SANTAMARIA, La nulidad...cit., p.240

⁸ TEZNER, Ob.cit., p.354

⁹ KORMANN, Ob.cit., p.161

La consecuencia jurídica a aplicar dependía del grado de integración de la cláusula en el acto. Cuando se trataba de verdaderas cláusulas accesorias (Nebenbestimmungen) el criterio era tenerlas por no puestas¹⁰. En cambio, cuando las cláusulas accesorias eran verdadero contenido principal del acto éste era anulable o nulo¹¹. El esquema de KORMANN refleja ya el principio favor acti: Por un lado, parece excluirse la nulidad (absoluta) del acto por nulidad de la cláusula. Por otro lado, se introduce la anulabilidad como grado intermedio entre la nulidad y el tener la cláusula por no puesta, innovación ésta respecto de la alternativa de TEZNER.

Con estos precedentes, en la doctrina alemana se impone una idea: la cláusula nula no vicia el acto administrativo, salvo que fuera un elemento determinante de la decisión. Es una formulación mesurada del principio de conservación del acto administrativo¹². Este planeamiento pasa a la codificación administrativa de 1976 (VwVfG). Según el art. 44. IV¹³:

"Si la nulidad (radical) se refiere sólo a una parte del acto administrativo, éste será nulo en su totalidad cuando la parte nula fuera tan esencial que sin ella la autoridad no habría dictado el acto administrativo"

Del art. 44 IV VwVfG resulta que una cláusula sólo puede

¹⁰ KORMANN toma un ejemplo de la jurisprudencia administrativa bávara (BayVGH): otorgamiento de ciudadanía, condicionado suspensivamente al pago de tasas ilegales: las tasas se tienen por no puestas (Ob.cit., p.163)

¹¹ KORMANN, Ob.cit., p.162

¹² WOLFF/BACHOF, Ob.cit.,, Cap. 51 VI; ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.15 II 2

¹³ Con una redacción muy similar a la del art.139 BGB, en relación con el negocio jurídico.

comunicar un vicio de nulidad absoluta. La cláusula meramente anulable no vicia la totalidad de acto. Y sólo en el caso de que la cláusula fuera esencial en el conjunto de la decisión.

Ya hemos visto como el criterio del Código civil español no era la esencialidad de la cláusula, sino el tipo de negocio jurídico. Sin embargo, el antiguo art. 50.2 de la LPA 1958 disponía: "La invalidez parcial del acto administrativo no implicará la de las demás partes del mismo que sean independientes de aquélla". Esta norma es más parecida a la del art.139 BGB que a la regulación de nuestra codificación civil. Aplicando el art.50.2 LPA la jurisprudencia ha tendido casi invariablemente a la conservación del acto, sin apreciar apenas la nota de independencia que mencionaba la LPA. Así declara el TS:

"Que no es obstáculo a la subsistencia y mantenimiento del acto administrativo de autorización, el que, como consecuencia de su revisión judicial, se hayan eliminado determinadas partes del mismo, como son aquella en que se le atribuye la condición de acto concedido en precario, y aquella otra en que se impone la carga a la Compañía Eléctrica de soportar los gastos derivados de posibles obras, a realizar en caso de modificación de las instalaciones, porque, en estos casos, debe gozar la prioridad el principio de conservación del acto (art.52 (sic) Ley Pro.Adm.) y porque "utile per inutile no vitiatur"¹⁴.

¹⁴ STS 17 octubre 1978 (Az.3690). Vid. también las siguientes: STS 23 marzo 1972 (Az.1562): "...Invalidez parcial de una cláusula cuya naturaleza accesorio no implica la nulidad de las demás partes del acto concesional independientes de aquélla" (se refería a la inclusión de un plazo de extinción en concesión de desecación de marismas, que bajo la Ley de Puertos de 1928 era perpetua); STS 5 junio 1981 (Az. 2549): cláusula por la que el titular de la licencia de edificación debía renunciar a los posibles beneficios de actuaciones municipales anteriores; STS 25 marzo 1987 (Az.3936).

Y también la doctrina afirmaba con generalidad el principio "utile per inutile no vitiatur"¹⁵. En suma, si se puede buscar un paralelismo con el Código civil, diría que la nulidad de las cláusulas del acto se rige por el modelo del acto jurídico testamentario (también acto unilateral), esto es, por el art. 792 C.c: las "condiciones" nulas se tienen por no puestas.

B) La regulación del art. 64.2 LRJAP.

Dice el precepto:

"La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado".

Se sigue recogiendo aquí el principio de conservación del acto del anterior art. 50.2 LPA¹⁶. Pero con dos precisiones:

1. El vicio de una cláusula del acto puede constituir nulidad o anulabilidad. El anterior art. 50.2 LPA se refería simplemente a "invalidez". En esto se diferencia el art. 64.2 LRJAP del art. 44 IV VwVfG, que se refiere sólo a cláusulas nulas de pleno derecho. Lógicamente, una cláusula anulable sólo puede hacer también anulable el acto administrativo, no radicalmente nulo. En cambio se puede dejar abierta la

¹⁵ VILLAR, La intervención...cit., p.366. Para la licencia urbanística: LÓPEZ PELLICER, Ob.cit., p.84

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ/GONZÁLEZ NAVARRO, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993, p.780. Según estos autores, el art. 64.2 LRJAP es precisamente el precepto con que se ha de tratar la invalidez de las cláusulas accesorias (p.784)

posibilidad de que una cláusula nula determine sólo la anulabilidad del conjunto del acto administrativo.

2. Aunque se afirma el principio de conservación del acto, se limita su eficacia, en relación con el anterior art. 50.2 LPA. Pues ahora la parte nula o anulable contagiará su vicio cuando sea esencial, cuando sin ella no se hubiese dictado el acto administrativo. O dicho de otra forma, habrá contagio de vicios siempre que, sin la cláusula nula, el resto del acto administrativo no tenga existencia jurídica posible¹⁷ (ilegalidad). El juicio de esencialidad es en todo caso objetivo, no por la importancia subjetiva que la autoridad puso en la cláusula¹⁸. En la doctrina se afirma que esa esencialidad de una cláusula accesoria sólo se puede dar cuando la Administración estuviera obligada a dictar el acto, bien porque haya derecho a su otorgamiento, bien porque la discrecionalidad esté vinculada¹⁹. Este criterio puede ser ampliado en algunos casos. Porque también la integración de un concepto normativo indeterminado o la concreción de una cláusula ordenada por la ley puede resultar viciada. Y si la cláusula es esencial podría también viciar la totalidad del acto administrativo, aun cuando la existencia jurídica del acto no dependiera de la cláusula nula.

Aplicando el régimen jurídico del art. 64.2 LRJAP al sistema de cláusulas accesorias, tenemos los siguientes grados de invalidez:

a) Irrelevancia para el acto. Se trata de modos nulos o

¹⁷ Este criterio, en relación con el art. 44 IV VwVfG, en: KOPP, VwVfG, cit., art 44, párr.62

¹⁸ KOPP, VwVfG, cit., art.44, párr.62; KNACK, Ob.cit., art.44, párr.7.2; MEYER/BORGS, Ob.cit., art.44, párr.27

¹⁹ OBERMAYER, Kommentar, cit., p.116; KOPP, VwVfG, cit., art.44, párr.64.

anulables. Aunque la jurisprudencia, en ocasiones, aplica también este criterio a reservas de revocación o condiciones resolutorias.

b) Anulabilidad del acto. Se da cuando una condición suspensiva está viciada de nulidad o anulabilidad. Paralizar los efectos de un acto hasta que no se cumpla una condición es muestra de que estamos ante una parte esencial del acto. La condición resolutoria potestativa inválida también debería acarrear la anulabilidad del acto; en estos casos el comportamiento del particular es esencial para que pueda ser dictado el acto²⁰

c) Nulidad del acto. Esta posibilidad ha de ser interpretada restrictivamente. Se puede dar en supuestos de condiciones nulas de pleno derecho por una causa especialmente grave; este es, en mi opinión, el caso del art. 62.1 d) LRJAP (cláusula que constituya infracción penal o se incluya como consecuencia de ésta). Y también hay nulidad radical cuando la cláusula condicional sea de cumplimiento imposible (causa de nulidad del art. 62.1 c) LRJAP), porque un acto con condición imposible es en sí mismo un acto de contenido imposible, y por tanto nulo²¹. También se podría plantear si

²⁰ Para este segundo supuesto, la jurisprudencia alemana (BVerwGE 29,61) señala que se trata de un caso de nulidad de pleno derecho.

En STS 9 junio 1978 (Az.2729) el Tribunal anula una licencia para construir una buhardilla en edificio afectado por servidumbre de carretera. La licencia se había otorgado sometida a la condición de que el particular renunciase a toda indemnización, para el caso de demolición del edificio. El Tribunal juzga que esa cláusula es nula, y por cuanto "se eleva a presupuesto condicionante del otorgamiento...produce la nulidad del acto"

²¹ En el caso de la STS 19 junio 1979 (Az.2958) una licencia de obras contenía cláusulas de contenido urbanístico imposible. El Tribunal declara la nulidad de todo el acto, porque "las condiciones impuestas hacen (sic) sea inviable la

las condiciones suspensivas nulas determinan la nulidad de todo el acto. Pues si la condición suspensiva es nula el acto nunca podrá empezar a surtir efectos, será entonces un acto de contenido imposible (causa de nulidad radical del art. 62.1.c) LRJAP).

licencia concedida o de imposible realización". A la misma conclusión llega en la doctrina alemana SCHNEIDER, Ob.cit., p.25, en relación con el art. 44 IV VwVfG: nulidad radical del acto "que por razones materiales nadie puede cumplir"

TERCERA PARTE: IDENTIFICACION DE CLAUSULAS ACCESORIAS EN
VARIOS TIPOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

CAPITULO 16:

LICENCIA DE INSTALACIÓN, APERTURA Y FUNCIONAMIENTO

I. La licencia de apertura.

La licencia municipal de apertura no es uniforme, sino que se dan varios tipos: licencias de actividades inocuas (art.22 RSCL); de actividades clasificadas (D.2414/1961, de 30 de noviembre:RAMINP; OM de 15 de marzo de 1963; para Madrid: D.840/1966, de 24 de marzo y Ley-Madrid 10/1991, de 4 de abril); de actividades clasificadas contaminantes (D.833/1975, de 6 de febrero); de locales destinados a espectáculos (arts. 36 a 49 RD. 2816/1982, de 27 de agosto: RGPE). Son licencias de policía preventiva, lo que supone la existencia de un derecho previo a su otorgamiento, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por las normas¹ (Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). La licencia no otorga derecho alguno, controla su ejercicio por el particular de acuerdo con las leyes².

¹ Para la autorización de industria: VILLAR, La intervención...cit., p.299; STS 20 marzo 1990 (Az.2239)

² Estas leyes constituyen una "modulación del derecho de libertad económica por parte de la Administración municipal" (Sebastián MARTIN-RETORTILLO, Derecho Administrativo Económico I, Madrid, 1988, p.199)

II. Admisibilidad y tipología de cláusulas accesorias.

A) ¿Cláusulas accesorias?

El art. 3 del D.840/1966, de régimen especial de Madrid, dispone que:

"Las resoluciones del Alcalde concediendo las licencias solicitadas habrán de especificar los requisitos cuyo cumplimiento condiciona su otorgamiento, concretando: a) Por lo que a medidas correctoras se refiere, una sucinta relación de sus características principales. b) Por lo que respecta a los emplazamientos, la zona en que se haya de ubicar la actividad. c) Por lo que se refiere a distancias, las que, como mínimo, haya, en su caso, de observarse con indicación de los puntos, núcleos o edificaciones desde y hacia donde hayan de empezar a contarse y ser orientadas las correspondientes mediciones".

El inicio del precepto contiene dos referencias clave. En primer lugar, el cumplimiento de las cláusulas que se enuncian condiciona la licencia. Aunque, como veremos, no todas estas cláusulas son propiamente condiciones. En segundo lugar, estas condiciones son concreciones de las Ordenanzas municipales. Y no porque se hable de "concreción" se elimina el concepto de cláusula accesoria (Vid supra Cap.II V).

GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS excluyen absolutamente las cláusulas accesorias ("propias") en la licencia de apertura³. Entonces, la licencia de apertura se compone de "contenido del derecho" y "cláusulas legales". Y todo ello viene determinado por la norma. Por tanto no habría lugar para las

³ GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.360. Vid. en general sobre la distinción conceptual entre cláusula accesoria y "iuris", supra Cap.II V).

cláusulas accesorias. En mi opinión, se puede sostener que la Administración está facultada para imponer cláusulas accesorias en tres casos (vid. también supra Cap.10 II B.):

a) Cuando la solicitud de licencia no cumple con los requisitos de la ley. Entonces la Administración debería denegar la licencia. Pero en lugar de ello, por exigencia del principio de proporcionalidad, puede otorgar condicionando, imponiendo cláusulas accesorias (art.60 D.833/1975 y arts.36.4, 43.3 y 44.1 RGPE)⁴. No estamos ante "conditiones iuris", pues no son cláusulas impuestas por la ley, sino decididas por la Administración⁵.

b) Cuando la norma misma autoriza la inclusión de la cláusula accesoria. Así los arts. 60 D.833/1975, 36.4 RGPE y la autorización genérica del art.6 RAMINP, cuando no hay Ordenanza Municipal⁶.

c) Cuando la norma abre un margen de concreción, que ha de ser colmado precisamente por la Administración⁷

⁴ En Alemania este supuesto está expresamente previsto en el art.12 BImSchG, que es concordante con la regulación general del art. 36 I VwVfG.

⁵ En Derecho alemán, los arts. 12 BImSchG y 5 GaststättenG consideran este tipo de cláusulas accesorias en licencias de apertura como discrecionales.

⁶ Según STS 14 mayo 1992 (Az.4312)

⁷ Por ejemplo, en el supuesto que da lugar a la STS 19 marzo 1991 (Az.2004): la Ordenanza Municipal permite el almacenamiento hasta un máximo de 5.000 Kg. La licencia de apertura se limita al almacenaje de 1.000 Kg. Dice el TS que aquí la norma concede "un margen de discrecionalidad"; más bien hay concreción de la norma con un necesario ámbito de valoración. Es importante el dato de que las "medidas correctoras" se fijan por una comisión de alto nivel técnico (Ponencia: art.32 RAMINP); en estos casos se puede afirmar (siguiendo a ERICHSEN, Die sogennanten...cit.,p.24) la existencia de un ámbito infiscalizable en la valoración de conceptos normativos indeterminados.

B) Delimitaciones de la actividad permitida.

Se trata de una precisión de lo autorizado a partir de la solicitud presentada por el particular. La licencia precisa (y restringe) qué puede y qué no puede hacer el particular (a qué tiene derecho y a qué no), en relación con su proyecto. Delimitaciones de contenido son, en la licencia de apertura de locales para espectáculos, las "características del local y de sus instalaciones y servicios, el aforo máximo permitido, el número máximo de personas que pueden actuar en él y la índole de los espectáculos o actividades recreativas o servicios que se puedan ofrecer..."(Art.43.2 RGPE)⁸. O también, en el art. 60 D.833/1975 "las características límites de los combustibles y materias primas". En estos casos, al acto administrativo favorable se le añade una prohibición de rebasar los límites del contenido favorable⁹.

Ya se dijo supra (Cap.VI III A.) que es frecuente la consideración de estas delimitaciones como algo distinto de las cláusulas accesorias¹⁰. En la misma línea, el Derecho positivo alemán (Art. 21 del Noveno Reglamento -Federal- para la ejecución de la Ley Federal para la protección contra las inmisiones -BImSchV-, de 18 febrero 1977), parte de que las delimitaciones de contenido no son cláusulas accesorias. Según este precepto:

"La resolución de otorgamiento de la licencia debe contener:...3.La identificación exacta del objeto de la licencia, incluido el lugar de ubicación de la instalación; 4.Las cláusulas accesorias de la licencia".

⁸ GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.360

⁹ ELSTER, Ob.cit., p.232

¹⁰ cfr.: GALLEGU ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.360

Pero esta distinción no acaba de ser clara; así, los valores de emisiones e inmisiones autorizados (en relación con los solicitados) se califican como modos (accesorios) o como modos modificatarios (concreción del contenido de la licencia)¹¹.

El problema de aceptar la individualidad de la delimitación de contenido¹² sería que nos encontraríamos ante una cláusula accesoria sin régimen jurídico típico. En esta situación se ofrecen dos soluciones:

a) En el marco del art. 20 BImSchG, el verdadero sentido de las "delimitaciones de contenido" es precisar dónde el particular actuaría sin licencia¹³. Este parece ser también el sentido del art.45.1 RGPE: "Las licencias...serán válidas solamente para el local o emplazamiento que en ellas se consigne"; y el art.10 OETLM: "Las licencias urbanísticas (incluye las de apertura) tendrán vigencia en tanto se realice la actuación amparada por las mismas y de acuerdo con las prescripciones que integran su contenido". Estas delimitaciones no serían condiciones de eficacia o modos internos al acto, sino acotaciones de lo permitido¹⁴. Pero resulta entonces que actuar más allá de las "delimitaciones de contenido", infringir los límites de lo autorizado, no

¹¹ La segunda calificación, en SELLNER, Op.cit., p.229. En el asunto de la BVerwGE 69,37 la licencia de instalación y funcionamiento (según el art. 4 BImSchG) contiene una "medida": no utilizar combustible alto en azufre. El Tribunal afirma que no se trata de un modo (accesorio) o un modo modificatorio (esencial), sino de la "identificación de lo otorgado en la licencia". Pero para este mismo supuesto KOPP (VwVfG, cit., p.576) afirma que se trata de una típico modo accesorio.

¹² Como hace ELSTER (vid. supra Cap.VI III B.).)

¹³ JARASS, Ob.cit., art.12, párr.4

¹⁴ VILLAR, La intervención...cit., p.367

afecta a la existencia del acto, pues no se incumple su clausulado. Se trata, en lo que excede de lo permitido, de actuar sin licencia, pero no contra el contenido de la licencia. Y entonces, el incumplimiento sólo puede determinar una respuesta de policía general (impedimento del exceso: cese de la actividad no autorizada) y en su caso el ejercicio de potestad administrativa sancionadora. Pero en puridad no podría darse una declaración de caducidad o revocación de la licencia¹⁵.

b) Algunas normas determinan la revocación por el "incumplimiento de los términos en que se concede la licencia" (art.46.1 RGPE). La misma solución da para Alemania el art. 15 III 1 Gaststättengesetz¹⁶. Pero esta consecuencia jurídica me parece muy imprecisa y carece de la graduación de efectos de las cláusulas accesorias típicas.

c) Mejor es calificar las delimitaciones de contenido como condiciones o modos. Las delimitaciones de contenido tienen un significado negativo: prohíben realizar actividades más allá de lo autorizado, de lo delimitado por la licencia. Y tales prohibiciones pueden ser:

aa) Condiciones potestativas resolutorias: la eficacia del acto depende de que se cumplan los límites fijados a la actividad; si se rebasan tales límites se extingue la licencia (previa declaración de caducidad).

¹⁵ Esta parece ser la solución de STS 23 diciembre 1991 (Az.301): instalación de más aparatos de los autorizados.

¹⁶ Art.15 III 1 Gaststättengesetz: "La licencia puede ser revocada cuando el titular del establecimiento o su factor alteran sin autorización el tipo de actividad para la que se ha otorgado la licencia, utiliza un espacio distinto al autorizado, sirve bebidas o comidas no permitidas o incumple otras delimitaciones de la licencia"

bb) Modos: obligan al autorizado a circunscribirse a un ámbito concreto de actividad. Si se rebasan esos límites no se extingue la licencia, sino que el Ayuntamiento compelerá al autorizado a su cumplimiento, a circunscribirse al ámbito de actividad autorizado. En último caso dará lugar a revocación.

C) Emplazamiento y distancias de la actividad o instalación.

Estas determinaciones están previstas en los arts. 4, 15 y 20 RAMINP. En la actualidad vienen predeterminadas por el planeamiento urbanístico y las Ordenanzas municipales sobre distancias mínimas entre establecimientos (Art.11 Instrucción 1963). Se dan cláusulas accesorias en tres casos:

a) Para corregir el proyecto de emplazamiento o distancias presentado por solicitante de licencia.

b) Para imponer directamente los emplazamientos o distancias, a falta de determinaciones en las Ordenanzas municipales o Planes de urbanismo (art.4 RAMINP)

c) Para dispensar del cumplimiento de las normas de emplazamiento o distancias. Ello está permitido en los arts. 15 y 20 RAMINP. Esta licencia con dispensa se otorga "a condición de que se adopten las medidas de máxima seguridad que se requieran en cada caso" (art.20 RAMINP).

Por la importancia en el seno de la licencia, las cláusulas accesorias referidas a emplazamientos y distancias son condiciones, no modos.

D) "Medidas correctoras".

a) Concepto.

Son las actuaciones a realizar por el peticionario de licencia a fin de hacer inocua su actividad. Pueden consistir en obligaciones de hacer (P.ej: instalación de maquinaria antivibratoria), de no hacer (no almacenar materia orgánica) o de tolerar. En ocasiones no se pueden distinguir las medidas correctoras de la delimitación de la actividad permitida. Así, según el art. 60 D.833/75 estas medidas pueden ser también: "reducción de la capacidad de producción proyectada objeto de la solicitud, fijación de las características límites de los combustibles y materias primas..." O también cuando la "medida correctora" consiste en una reducción de la jornada productiva¹⁷ o en la obligación de usar un horno de leña en panadería¹⁸. Todas estas medidas correctoras se pueden calificar como condiciones potestativas o como modos. Y para ello, primeramente hay que distinguir entre las licencias de actividades inocuas y las de actividades calificadas:

aa) La licencia de actividad inocua es eficaz desde su notificación. Por tanto, la instalación de las medidas correctoras no suspende la eficacia de la licencia¹⁹. En este caso las medidas correctoras se han de calificar como condiciones potestativas resolutivas o como modos. Para ello se siguen los criterios que se exponen en el siguiente punto.

bb) La licencia de actividad clasificada tiene un

¹⁷ Vid.STS 18 noviembre 1967 (Az.4750)

¹⁸ Vid.STS 27 noviembre 1976 (Az.5569)

¹⁹ Art. 8.3 Instrucción 1963; art. 90 OETLM: "las licencias de actividad e instalación para actividades inocuas autorizan tanto la instalación como el funcionamiento..."

régimen distinto. Según el art.34 RAMINP, la actividad autorizada por la licencia "no podrá comenzar a ejercerse sin que antes se gire la oportuna visita de comprobación (de las medidas correctoras instaladas)". Parece deducirse de aquí que la efectiva instalación de las medidas correctoras (comprobada por la Administración) es una condición potestativa suspensiva de la licencia²⁰.

b) ¿Acta de comprobación o licencia de funcionamiento?

Se plantea entonces el valor de la visita de comprobación de la Administración, ¿Es éste un suceso futuro e incierto del que se hace depender la eficacia de la licencia de apertura, o acaso se trata de una nueva resolución administrativa, otra licencia?

1) En favor de la existencia de una única licencia de apertura sometida a condición suspensiva se dan los siguientes argumentos:

1.1. En la práctica administrativa (así, en los formularios de administración local) se suele hablar de una licencia provisional que se eleva a definitiva con la comprobación.

1.2. Algunas SSTs otorgan a las "medidas correctoras" valor de condiciones de eficacia de la licencia. Declara así la STS 1 febrero 1989 (Az. 797): "...pues una cosa es la validez o ajuste a Derecho de la licencia discutida y otra muy distinta su efectividad, es decir, si las medidas correctoras ordenadas se han cumplido o no"²¹. También habla

²⁰ El mismo criterio (suspensión de eficacia), para la autorización de industria, en VILLAR, La intervención...cit., p.368.

²¹ Se corrige con ello la expresión de la STS 27 enero 1989 (Az.499), más desafortunada: "...quedando condicionada la validez de la licencia a la comprobación de la eficacia de

el TS de "licencia provisional sometida a condición"

1.3. En el art. 16.2 LInd., la comprobación de las medidas de seguridad de la industria es una certificación (no una resolución), que se expide por un "Organismo de control" (el cual, según el art. 15 LInd., puede ser una entidad privada).

1.4. La existencia de una sola licencia sometida a condición parece deducirse de los artículos 10.4 y 29.2 R.D. 833/1988: "la efectividad de las autorizaciones quedará subordinada al cumplimiento de todas las condiciones y requisitos...".

1.5. La relación entre licencia de apertura y acta de comprobación es similar a la que existe entre licencia de edificación y "licencia de habitabilidad" o de primera utilización. Y en cuanto a ese segundo acto, el TS dice que "no tiene entidad propia e independiente"²²

1.6. En Derecho comparado, la licencia de industria que regula el art. 4 de la Ley Federal de protección contra las inmisiones (Bundesimmissionsschutzgesetz -BImSchG-, texto de 14.5.1990) cubre tanto la instalación (Errichtung) como el funcionamiento (Betrieb); la misma licencia autoriza ambas actividades²³. Y es que aquí el funcionamiento no queda condicionado a una visita de comprobación de la efectividad y adecuada instalación de las medidas correctoras, la licencia es plenamente eficaz desde su notificación. Los mecanismos de control de las medidas de seguridad se desplazan a momentos posteriores, mediante la facultad de inspección permanente o de imponer nuevas medidas (art. 17.1 BImSch) o mediante la facultad de cierre y desmantelamiento de la instalación, dado que no cumplir las medidas contenidas en la licencia es actuar sin licencia (y es de aplicación por tanto el art.20.2 BImSchG)²⁴.

las medidas (correctoras)".

²² STS 25 julio 1989 (Az.6113)

²³ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.4, párrafos 29 y 34

²⁴ Tan sólo en el caso de la "licencia parcial" (Teilgenehmigung), que regula el art.8 BImSchG se prevé (a solicitud del interesado) la autorización sólo para la instalación y no para el funcionamiento, constituyendo esta segunda actividad el objeto de otra licencia posterior.

Una especialidad respecto de este sistema se regula en las licencias para instalaciones nucleares. Aquí la licencia apertura y funcionamiento se otorga con una "reserva de autorización" (Vorbehalt der Freigabe); esto es, la Administración paraliza los plenos efectos autorizatorios de la licencia (en concreto, la entrada en funcionamiento) hasta que se haga una comprobación de si se ha construido conforme al proyecto aprobado²⁵. Es el mismo sistema que el regulado en el RAMINP para todo tipo de instalaciones o actividades. El problema de las licencias de instalaciones nucleares se centra entonces en saber cuál es la relación entre licencia y posterior comprobación de que se ha cumplido el proyecto. Según MUTSCHLER la "reserva de autorización" hace perder a la licencia su carácter autorizatorio, y se convierte en mera promesa de futura autorización. En cambio J.MARTENS afirma que la futura comprobación tiene carácter vinculado, no autorizatorio²⁶. OSSENBÜHL no niega el carácter autorizatorio de la licencia de instalación, pero tampoco deja la comprobación en mera actividad técnica, sino que también tiene naturaleza decisoria, pues este segundo acto puede contener nuevas cláusulas accesorias²⁷.

2) En favor de una duplicidad de licencias se puede afirmar que:

2.1. En la jurisprudencia sobre el RAMINP y sobre el art.22 RSCL se distingue comúnmente entre licencia de instalación y licencia de funcionamiento²⁸. Según esto, la comprobación de la instalación y eficacia de las medidas correctoras sería una verdadera licencia, distinta y siguiente a la licencia de instalación y apertura. La licencia de instalación y apertura sería así un presupuesto

²⁵ OSSENBÜHL, Die Freigabepaxis im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, DVBl 1980, p.806

²⁶ J.MARTENS, Ob.cit., p.187, nota 149

²⁷ OSSENBÜHL, Ob.cit., p.807

²⁸ STS 18 noviembre 1967 (Az.4750); STS 17 abril 1978 (Az.1978); STS 30 mayo 1989 (Az.4102); STS 20 marzo 1990 (Az.2239). STS 25 enero 1991 (Az.668). Aunque también se habla de "licencia de instalación, apertura y funcionamiento" (STS 12 diciembre 1989, Az.9396)

de validez para el otorgamiento de la licencia de funcionamiento. No estaríamos ante un sólo acto suspensivamente condicionado (la licencia de instalación, apertura y funcionamiento) sino ante dos actos, dos licencias, siendo la primera presupuesto de validez de la segunda²⁹.

2.2. El art. 13 de la Instrucción de 1963 reconoce contenido decisorio a la "visita de comprobación", al referirse a las "licencias pendientes de concesión definitiva"³⁰. El art. 64 D.833/1975 se refiere a "autorizar la puesta en marcha...si previamente se han aprobado e instalado los ...condicionamientos impuestos específicamente en la autorización administrativa..."

2.3. La distinción entre licencia de instalación y licencia de funcionamiento, aceptada por la jurisprudencia, se ha ido plasmando en posteriores normas de policía. El RGPE regula dos licencias: a) Licencia de construcción de obras de nueva planta (destinadas a espectáculos) o de adaptación o reforma; y b) Licencia de apertura al público de locales o recintos y la entrada en funcionamiento de las instalaciones destinadas a espectáculos o actividades recreativas³¹.

²⁹ Excepcional es la STS 30 mayo 1989 (Az.4102), donde el acto de comprobación es anterior a la licencia de instalación y apertura, no existiendo propiamente una posterior licencia de funcionamiento: "...Se refundieron en un solo acto la concesión de la licencia de instalación y apertura y la autorización de funcionamiento de la actividad.."; "...la licencia otorgada, además de por su propio cometido posibilitar la instalación y apertura, se extendió a autorizar el funcionamiento de la actividad".

³⁰ Aunque el art. 13.1 Instrucción 1963 también afirma que "(las visitas de comprobación) tenderán a comprobar exclusivamente si se han adoptado o no las medidas correctoras exigidas". No parece claro si estamos ante actividad certificante u autorizatoria.

³¹ A esta duplicación de licencias se puede decir que el objeto del control de policía es en gran medida el mismo: condiciones de seguridad, higiene y comodidad del local destinado a espectáculos, sólo que en dos momentos distintos: antes de la construcción o reforma del local y antes de su apertura. Ello se refleja en que todos los datos que debe contener la solicitud de licencia de apertura y funcionamiento se encuentran ya en la solicitud de licencia de construcción o reforma (clase de espectáculo o recreo: art.36.1 y art.41.b) RGPE; asientos de las diferentes

También la Ordenanza Especial de Tramitación de Licencias del Ayuntamiento de Madrid (OETLM) distingue entre licencia de actividades e instalaciones (Título II, Cap.V) y la licencia de funcionamiento (Título II, Cap.VII). Esta última tiene por objeto: "Autorizar la puesta en uso de los edificios, locales o instalaciones, previa la constatación de que han sido ejecutados de conformidad a las condiciones de las licencias de actividades o instalaciones... (art.99 OETLM). En casos de actividades calificadas (molestas, insalubres...:las reguladas por el RAMINP) se precisa tanto licencia de actividades e instalaciones como licencia de funcionamiento (art.100 OETLM). La licencia de funcionamiento no es aquí otra cosa que la "visita de comprobación" a que hacía referencia el art. 34 RAMINP, elevada a rango de licencia.

La cuestión no es, desde luego, clara. Aunque conforme a la evolución de nuestro derecho parece hoy más correcto hablar de dos licencias distintas, de instalación (o construcción de local, o de reforma) y de funcionamiento. Se excluye por tanto la existencia de una sola licencia (de instalación, apertura y funcionamiento) con una condición potestativa suspensiva (la efectiva instalación de las medidas correctoras). La comprobación de las medidas correctoras del art. 34 RAMINP no es mera actividad certificante, tiene contenido decisorio. Esta es una posible explicación de la naturaleza de las "medidas correctoras" en las licencias de instalación y de funcionamiento. La licencia de instalación autoriza el acondicionamiento de un local, de acuerdo con unas determinadas condiciones potestativas o

localidades, aforo: arts. 36.2 y 41 c) RGPE). El control de policía que supone la licencia de apertura y funcionamiento se centra en el cumplimiento de las medidas contenidas en la licencia de construcción, reforma o adaptación (según certificación de facultativo, pues no es preceptiva la inspección municipal: art.42.1 RGPE). Mas la licencia de funcionamiento no se agota ahí. Puede contener sus propias medidas complementarias (de seguridad, higiene, sanidad...), e incluso puede otorgarse condicionada (provisional) cuando no se cumplan todos los requisitos necesarios para otorgarla definitivamente.

modos. La licencia de funcionamiento autoriza la puesta en marcha de la actividad económica, en lo cual se han de observar una serie de condiciones potestativas o modos. El contenido de las "medidas correctoras" puede ser el mismo en ambas licencias (la de instalación y la de funcionamiento), pero cumplen una función distinta. En la licencia de instalación determinan una determinada manera de acondicionar el local; si la instalación no se hace según estas cláusulas puede caducar la licencia de instalación. En la licencia de funcionamiento se obliga al autorizado a mantener eficaces las medidas correctoras ya instaladas. Y en esta licencia se pueden imponer, además, nuevas "medidas correctoras" no relacionadas con la instalación, pero si con el funcionamiento (cfr.art.43.2 RGPE)

c) ¿Condiciones o modos?

La jurisprudencia suele denominar "condiciones", aunque de forma atécnica, a todas las "medidas correctoras"³². En Alemania, la condición (en sentido técnico) es de utilización muy restrictiva³³. En nuestro Derecho se puede sostener un criterio favorable al modo, pero sin excluir totalmente la presencia de condiciones. Las "medidas correctoras" esenciales son condiciones potestativas. Estas se referirán normalmente a medidas de seguridad primarias, imprescindibles

³² STS 18 noviembre 1967 (Az.4750): limitación de jornada de trabajo en planta de embotellado; STS 19 junio 1972 (Az.3535); 23 enero 1990 (Az.556): extintores; STS 20 marzo 1990 (Az.2239):no instalación de altavoces externos; STS 7 noviembre 1990 (Az.8750): vestíbulos de separación para montacargas.

³³ JARASS, Ob.cit., art.12, párr.4; aunque RUMPEL (Ob.cit.,p.504) afirma que debido a la creciente importancia de la protección del medio ambiente, las cláusulas accesorias rectoras en autorizaciones medioambientales deben ser consideradas como condiciones, no como modos.

para asegurar el fin de policía de la licencia en el caso concreto³⁴. Las demás medidas correctoras son modos. Por ejemplo, para evitar molestias a terceros (por vibraciones, ruido, etc)³⁵ o para la obtención de otros fines distintos de los de policía³⁶

E) Tasa por licencia.

Según el art.12 OFTLAM, el pago de la tasa municipal por licencia de apertura puede tener lugar de dos formas: antes de que se expida el "acta de funcionamiento" (entonces, el pago de la tasa es un presupuesto para la expedición de dicho acta) o después de otorgada la "licencia de ocupación y funcionamiento". Parece que en el primer caso la tasa es una verdadera condición suspensiva de la licencia de apertura (sólo se puede poner en marcha el establecimiento cuando se ha pagado la tasa), lo que resulta disconforme con la naturaleza secundaria y típicamente modal de la tasa (vid. supra Cap.5 I D).). En el segundo caso, en cambio, el pago de la tasa es una obligación que no suspende el ejercicio de la actividad; es una carga modal.

³⁴ Por tanto, una misma medida correctora puede ser condición potestativa o modo dependiendo de la importancia de la actividad (art.5 RAMINP; art.9.2 Instrucción 1963) o de la distancia con edificios habitados (art.5 RAMINP)

³⁵ En contra, STS 28 junio 1955 (Az.2768): las medidas correctoras de molestias al vecindario son condiciones resolutorias.

³⁶ Por ejemplo, la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil al autorizado para producir residuos tóxicos, según el art. 6 R.D. 833/1988

F) Consecuencias del incumplimiento de condiciones potestativas y modos³⁷.

Por inspección administrativa se comprueba el cumplimiento de las "condiciones exigidas en la licencia" (art. 35 RAMINP). Si se detectan deficiencias proceden las siguientes consecuencias jurídicas: requerimiento de corrección; nuevo e improrrogable plazo de subsanación de deficiencias; multa; retirada temporal de la licencia; retirada definitiva de la licencia. Todas estas consecuencias del incumplimiento se agrupan bajo el epígrafe general de "sanciones" (Capítulo II, Título II RAMINP 1961). Se mezclan así consecuencias jurídicas compatibles pero de distinta naturaleza:

- Mecanismo resolutivo típico del acto jurídico: retirada de la licencia.
- Medidas de ejecución forzosa: multa (coercitiva) y suspensión.
- Orden de policía general: suspensión.
- Sanción de ilícito administrativo: multa.

³⁷ En la exposición que sigue propongo un régimen jurídico lógico y típico para los condiciones y modos de las distintas licencias de apertura. Para ello utilizo datos positivos de distintas normas. Consecuentemente, no hay explicación del régimen jurídico de determinadas clases de licencia de apertura, sino un intento de formular tipos ideales a partir de datos, a veces dispersos, del Derecho positivo.

a) Requerimiento.

En todo caso, tanto para la condición potestativa como para el modo, ha de existir previamente un requerimiento de corrección³⁸ en un determinado plazo (no superior seis meses, ni inferior a uno: art. 36 RAMINP). Cuando la medida correctora es un modo, éste requerimiento ante el incumplimiento es plenamente acorde con su naturaleza. No se puede proceder a la ejecución forzosa de una obligación administrativa sin previo apercibimiento (art.95 LRJAP). Es en todo caso una exigencia del principio de proporcionalidad³⁹, por ello, el requerimiento es obligatorio aunque no lo mencione la norma (como ocurre con el art.46 RGPE). Pero tampoco hay mayores problemas cuando la cláusula incumplida sea una condición potestativa⁴⁰. Si bien es cierto que lo propio de la condición es extinguir la eficacia del acto ante el incumplimiento, resulta también que en Derecho administrativo el principio de proporcionalidad exige ciertas modulaciones en los efectos de la condición; aquí, en concreto, el requerimiento previo a la declaración de caducidad ("retirada definitiva de la licencia"). No hay riesgo para el interés público, ya que para los casos de peligro inminente el requerimiento puede ir acompañado del ejercicio de un poder general de policía -así, suspensión- (autorización general: art. 14 LOPSC), que puede impedir con carácter urgente la actividad peligrosa o dañosa⁴¹.

³⁸ SSTs: 27 enero 1986 (Az.1126); 16 julio 1986 (Az.5108); 15 marzo 1989 (Az.2083); 12 diciembre 1989 (Az.9396); 25 febrero 1991 (Az.1538)

³⁹ Para Alemania: BVerwGE 49,160,168

⁴⁰ Otra opinión en BOQUERA, El condicionamiento...cit., p.195

⁴¹ El poder de policía no se agota con las prohibiciones generales (normas de policía) ni con las autorizaciones concretas, sino que sigue permanente con la orden de policía (Otto MAYER, Deutsches... I, Trad. esp., p.40; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, Ob.cit., p.410). Siguiendo a

- b) Consecuencias jurídicas diferenciadas para la condición potestativa y el modo.

Para las demás consecuencias jurídicas del incumplimiento hay que distinguir el modo de la condición potestativa.

aa) Modo.

Si persisten las deficiencias pueden darse las siguientes consecuencias jurídicas, dirigidas a conseguir el cumplimiento de la obligación modal por el autorizado:

1. Nuevo e improrrogable plazo para corrección de la deficiencias (no superior a seis meses: art.37 RAMINP).

2. Multa, que tiene carácter coercitivo, ya que junto con ella se ha de otorgar nuevo plazo de corrección de las deficiencias (cfr.art.85.2 D.833/1975). Esta multa coercitiva se puede dar por tres veces⁴², agotadas las cuales la Administración debe ordenar la cesación (temporal o definitiva) de la actividad (Arts. 38 a. y 40 RAMINP)

3. Retirada temporal (suspensión) de la licencia (con la consiguiente clausura del local), "hasta tanto se

VILLAR (La intervención...cit., p.427, quien a su vez cita a FLEINER): "El particular autorizado -pero no por el hecho de estarlo- debe cumplir todas las órdenes y prohibiciones, generales y concretas, emanadas de la potestad ordenatoria y conformatoria de la Policía administrativa, independientemente de las cláusulas específicas de la autorización". Así lo confirma el art.72.2 c) RGPE: suspensión o prohibición de actividades, por razones graves de seguridad (medida distinta de la revocación por incumplimiento:art.46 RGPE y de la suspensión como sanción administrativa: art.82.1 RGPE)

⁴² Pero no es necesaria la imposición de hasta tres multas: STS 19 marzo 1991 (Az.2004)

hallan corregido las deficiencias" (art.85.4 D.833/1975)⁴³. Es por ello una suspensión coercitiva.

4. Retirada definitiva de la licencia. Esta es la última consecuencia jurídica posible del modo, la revocación.

Estas consecuencias jurídicas están escalonadas por exigencia del principio de proporcionalidad. Lo cual no significa que todas sean de aplicación sucesiva y subsidiaria⁴⁴. Lo más relevante es afirmar que la revocación es la medida última (contra el texto literal del art.46 RGPE).

Un esquema muy similar al expuesto se encuentra en la BImSchG alemana. Ante el incumplimiento del modo procede, con discrecionalidad vinculada:

i) Ejecución forzosa del mismo⁴⁵ (por ejemplo, mediante multa coercitiva)

ii) En segundo lugar, suspensión de la actividad (total o parcialmente) hasta que se de el cumplimiento del modo (Art.20.1 BImSchG). Esta medida es, por aplicación del principio de proporcionalidad, subsidiaria respecto de la

⁴³ Vid. también art. 34.1 b) LPMA-Madrid

⁴⁴ En el asunto de la STS 9 octubre 1990 (Az.7896), ante el incumplimiento de medidas correctoras (vibraciones de un telar de hilado), la Administración impone multa con plazo de rectificación y cumulativamente suspensión temporal de la licencia. Ante la no reiteración por tres veces de la multa (como permite el art 40.2 RAMINP) y resolución de retirada definitiva de la licencia, impugna el particular. Sobre lo cual resuelve el TS: "...no pudiendo quedar al arbitrio del Alcalde el poner o no multas e impedir con ese arbitrio la retirada definitiva de la licencia cuando la situación de incumplimiento o de molestia la hace inevitable"

⁴⁵ Siempre que no se trate de un "modo modificadorio" (vid. supra Cap.6 II), que por ser contenido esencial de la licencia no admite ejecución independiente, como es típico del modo (LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.20, párrafos 15 y 21)

ejecución forzosa⁴⁶. También del principio de proporcionalidad se derivan dos exigencias: concesión de un plazo adecuado previo a la suspensión⁴⁷ y limitación de la suspensión sólo a una parte de la instalación industrial⁴⁸. La articulación técnica de la orden de suspensión de la actividad admite dos fórmulas⁴⁹: como orden de cese de actividad con condición resolutoria potestativa (que el particular cumpla con sus cargas), en este caso, cumplidas las cargas se extingue "ipso iure" (sin necesidad de declaración administrativa)⁵⁰ la eficacia de la suspensión (o desde el otro lado, la licencia de funcionamiento vuelve a ser plenamente eficaz); como orden simple, no condicionada, y entonces la suspensión es eficaz hasta que no la anule la propia Administración.

iii) Revocación de la licencia (Widerruf). El art. 21.1.2 BImSchG sólo la menciona para el caso de incumplimiento de un modo.

bb) Condición potestativa.

En este caso se debe declarar, expresamente, la caducidad de la licencia (revocación, según el art.46.1 RGPE; "retirada definitiva de la licencia", en el art.38 RAMINP)⁵¹.

⁴⁶ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.20, párr.32

⁴⁷ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.20, párr.30

⁴⁸ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.20, párr.33

⁴⁹ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.20, párr.33

⁵⁰ Este parece ser también, en nuestra jurisprudencia, el criterio de STS 12 diciembre 1989 (Az.9396)

⁵¹ Una excepción a la necesidad de acto extintivo expreso es el art.44.2 RGPE: transcurrido el plazo para subsanar deficiencias en el local, "la licencia provisional quedará

Pero con los límites del principio de proporcionalidad. Resulta así que la diferencia entre calificar una cláusula ("medida correctora", emplazamiento) como condición potestativa o como modo reside en a partir de dónde se gradúa la consecuencia jurídica ante el incumplimiento: cuando se trata de una condición, el punto de partida es la declaración de caducidad, si bien esta solución puede ser improcedente en atención a las circunstancias del caso concreto, en aplicación del principio de proporcionalidad; en consecuencia, el incumplimiento de la condición determinaría normalmente, pero no sin más, la declaración de caducidad. En cambio, el punto de partida ante el incumplimiento de un modo es el contrario: lo normal es la multa coercitiva, llegándose a la revocación sólo en los supuestos más graves o de reincidencia⁵².

Otros efectos jurídicos se atribuyen a la condición en la BImSchG. La condición es, según la doctrina alemana, cláusula esencial del acto⁵³. No procede la ejecución separada de la condición potestativa. Se entiende que en el momento en que se incumple la condición se extingue "ipso iure" el propio acto administrativo. Entonces, la actividad del particular ya es sin licencia, por lo que procede el cierre (Stillegung) o desmantelamiento (Beseitigung), dependiendo de cuál sea el interés general en relación con estas medidas (art.20.2 BImSchG); no se da aquí la

sin efecto"

⁵² No obstante lo dicho, resulta que en la práctica administrativa sólo se declara la caducidad de una licencia tras numerosísimos requerimientos; la razón no es tanto - parece ser- la aplicación del principio de proporcionalidad como razones económicas. Pues el riesgo de que un Tribunal anule la retirada de la licencia es muy alto; y a la anulación sigue normalmente una elevada indemnización (correspondiente al elevado daño que se origina por cada día que una establecimiento económico permanece cerrado).

⁵³ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.20, párr.24

prohibición temporal hasta el cumplimiento, que es propia del modo.

c) Sanción administrativa.

La sanción administrativa (en sentido estricto: multa punitiva) es aplicable a las infracciones tipificadas por cada norma. Los ilícitos administrativos pueden ser, entre otros, incumplimientos de condiciones potestativas o de modos. Pero las posibles sanciones son ejercicio del poder punitivo del Estado, no como la declaración de caducidad, la ejecución forzosa de un modo o la revocación⁵⁴. La sanción administrativa es por ello compatible con las demás consecuencias jurídicas desfavorables⁵⁵.

La misma consecuencia se puede extraer de la BImSchG, que regula por separado la revocación de autorización por incumplimiento de modos (art.21.1.2 BImSchG) y la infracción administrativa (Ordnungswidrigkeit), también por incumplimiento de los modos (art.62 BImSchG).

G) Reserva de revocación.

Según formulación tradicional, consiste en la facultad que se reserva la Administración de revocar en cualquier momento, con o sin indemnización; y frecuentemente se

⁵⁴ Esta confusión se puede observar en el RGPE, según el cual la omisión de medidas correctoras puede dar lugar a: revocación (art.46); sanción administrativa de revocación (art.82.1 RGPE). Vid. supra Cap.4 VI A) b) y Cap.5 II D).)

⁵⁵ La LInd. distingue correctamente entre sanciones (art.34) y multa coercitiva (art.35), y ambas son consecuencias jurídicas compatibles.

construye como un tipo de condición resolutoria⁵⁶ (el hecho futuro incierto de que depende la eficacia de la licencia es que la Administración revoque o no). Su efecto natural es hacer provisional o precario un acto que debiera ser definitivo.

Los formularios de licencias se refieren frecuentemente a una licencia provisional que luego se eleva a definitiva una vez que se gira la visita de comprobación que ordena el art.34 RAMINP. Aquí en realidad no hay ningún acto provisional, sino dos actos autorizatorios distintos y encadenados (licencia de instalación y licencia de funcionamiento: vid. supra III D) b) bb).). La provisionalidad no significa aquí sometimiento a reserva de revocación.

El RAMINP no contiene referencia alguna a la cláusula de revocación; tan sólo dispone que "En ningún caso podrán concederse licencias provisionales mientras la actividad no esté calificada" (Art.33.2 RAMINP), lo que, al menos, parece reconocer la existencia de licencias sometidas a reserva de revocación; y así se reconoce implícitamente también en la jurisprudencia⁵⁷. El art.44 RGPE sí regula la licencia provisional, para el caso de que haya que subsanar o modificar algunas características del local. Pero con ello se refiere más bien a la inclusión de condiciones resolutorias potestativas que sirven para subsanar la inexistencia de algún requisito que no se cumplía en el momento de otorgar la licencia.

En realidad, en el ámbito de la licencia de instalación, apertura y funcionamiento la cláusula de revocación tiene una

⁵⁶ VILLAR, La intervención...cit., p.372

⁵⁷ Vid. STS 5 enero 1990 (Az.334)

importancia muy acotada. Y ello porque:

a) El art. 16.1 RSCL dispone que "deberán ser revocadas (las licencias) cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento" (sin indemnización: art. 16.3 RSCL). No es preciso por tanto la inclusión de una cláusula que asegure una ulterior revocación sin indemnización cuando cambien las circunstancias objetivas. En ello se diferencia netamente de la regulación de la BImSchG⁵⁸.

b) La Administración está facultada para imponer nuevas determinaciones que adapten el contenido de la licencia a un cambio en la realidad normativa (licencia de funcionamiento: vid. supra Cap.14 II C) a).). Esta flexibilidad "per se" de la licencia evita llegar a la revocación y por ende también a la inclusión de reservas de revocación.

⁵⁸ Según el art. 21.2 BImSchG (que sigue fielmente lo dispuesto por el art. 49.II,III y V VwVfG):

"Una licencia otorgada correctamente conforme a esta ley puede ser revocada, inclusive una vez que haya devenido inimpugnable, total o parcialmente y con eficacia a futuro:...2. Cuando la autoridad que ha otorgado la licencia estuviera facultada, en virtud de nuevas circunstancias objetivas, para no conceder la licencia, y siempre que con la no revocación resultara perjuicio para el interés público...4. En caso de revocación de la licencia en los supuestos de los números I.3 a I.5 la autoridad concedente debe indemnizar el perjuicio patrimonial de quien ha confiado en la permanencia de la licencia, en la medida en que esta confianza sea digna de protección..."

Este sistema de protección de la confianza legítima en la permanencia de la licencia (mediante indemnización) da sentido a la cláusula de revocación, cuyo efecto consiste precisamente en destruir la confianza en la permanencia de la licencia y con ello eludir una indemnización por su revocación (cfr. art. 21.1.1 y 5 BImSchG).

Queda así planteado que el genuino ámbito de aplicación de la reserva de revocación es permitir el otorgamiento de licencias cuando aún no es posible la valoración de todos los requisitos que deben concurrir para que la Administración otorgue la licencia. Lo provisional de la comprobación (si es positiva) no debe evitar, por aplicación del principio de proporcionalidad, el otorgamiento de la licencia. Eso sí, con una cláusula que advierta de que tras un examen definitivo de las circunstancias de hecho puede revocarse la licencia.

H) Término final.

De acuerdo con el art. 15.1 RSCL las autorizaciones municipales "propter rem" ("relativas a las condiciones de una obra o instalación"), como es el caso de la licencia de apertura, no deben tener plazo para su ejercicio; en ello se distinguen de las licencias "intuitu personae" (Art. 15.2 RSCL)⁵⁹.

⁵⁹ En el asunto que ventila la STS 24 junio 1960 (Az. 2692) se puede plantear la admisibilidad de un término final (10 años) con prórroga obligatoria. Es precisamente la obligatoriedad de la prórroga, siempre que el particular la solicitase en un determinado plazo, lo que lleva al TS a considerar que "...adquirió (el autorizado) el indiscutible derecho de continuar usándolo (el establecimiento) si la petición de renovación la producía en el término que le fue señalado al efecto, por lo que no puede sostenerse que ese derecho caducara automáticamente por el transcurso de 10 años". Y consecuentemente afirma el Tribunal que esta cláusula era una condición resolutoria (potestativa: la eficacia de la licencia estaba condicionada a que el particular manifestase su voluntad de seguir realizando la actividad autorizada). En mi opinión, la calificación de la cláusula como condición potestativa es acertada en cuanto excluye su consideración como término, cláusula que no tiene cabida en la licencia según el tenor del art. 15.1 RSCL. En el supuesto de autos la calificación de la cláusula como término habría provocado, además, resultados injustos: en el transcurso de los 10 años se había dado una modificación del planeamiento urbanístico que calificaba el suelo donde se ubicaba el establecimiento como zona verde. A fin de evitar

En el marco de la ley alemana de industria (Gewerbeordnung) era discutida la posible inclusión de términos en la licencia de actividad. El carácter "propter rem" de la licencia (Realgenehmigung) hablaba contra la posible fijación de términos. Hoy el art. 12.2 BImSchG permite la inclusión de términos en la licencia de apertura y funcionamiento, pero sólo a solicitud del interesado. Con ello, en realidad, se reafirma el principio contrario al término final en licencias de apertura⁶⁰.

problemas derivados del otorgamiento de una nueva licencia (la prorrogada) contra la calificación del plan, prefiere el Tribunal considerar que la licencia en ningún momento se ha extinguido, que permanece eficaz al cumplirse la condición potestativa de solicitud de prórroga. La solución es justa, además, si se tiene en cuenta que la mera prórroga no ha aumentado el valor expropiatorio del establecimiento (límite que imponía el art. 60 LS 1976, hoy art.137 LS 1992, para actuar sobre edificios que por modificación del planeamiento han quedado "fuera de ordenación"). Ahora bien, eliminar la calificación como término no significa sin más que la consideración como condición potestativa sea la más acertada, por lo siguiente: 1) En el caso, la solicitud de prórroga ha de realizarse en el mes siguiente a la llegada del "término" final. Luego la licencia se extingue, si bien se puede posteriormente prorrogar (!). 2) Ciertamente que se exige un comportamiento activo del autorizado (la solicitud de prórroga), pero ni por su entidad ni por su significado se puede hablar de una condición potestativa. La solicitud de una licencia es en puridad un presupuesto de validez para su otorgamiento. Y lo mismo hay que decir de la solicitud de renovación o prórroga.

⁶⁰ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.4, párr.34

CAPITULO 17:
LICENCIA DE EDIFICACIÓN

I. Admisibilidad de las cláusulas accesorias.

La licencia de edificación es un acto reglado de policía urbanística. Su función es controlar que el proyecto de edificación del particular se ajuste al Ordenamiento jurídico y presupone en todo caso que el "ius aedificandi" es anterior a la licencia. El "ius aedificandi" se crea con el levantamiento de las cargas urbanísticas. La licencia es un control previo al ejercicio del derecho. Entonces, la naturaleza de la licencia de edificación no se altera, a mi entender, por el tenor literal del art. 33 LS, según el cual "El otorgamiento de la licencia determinará la adquisición del derecho a edificar..."¹. Lo que otorga derechos es la actuación del particular, su inversión (carga de urbanizar), cesión y equidistribución. Sólo por razones de seguridad jurídica (del particular y del tráfico jurídico) se fija un momento temporal concreto (el otorgamiento de la licencia) para considerar adquirido el derecho a edificar. Esta interpretación es importante para luego explicar la naturaleza de los plazos de caducidad de la licencia.

¹ Con distinto criterio, SANCHEZ DIAZ estima que la licencia es reglada, pero constitutiva (La licencia de edificación en la ley 8/1990 sobre el régimen urbanístico y valoraciones del suelo, REALA 249 [1991] pp. 40, 42 y 44). La misma conclusión en MERELO, La Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, BCL, Madrid, 1991, p.45; GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo, 2.Ed., Madrid, 1991, art.20, p.204; GONZALEZ PEREZ, Nuevo régimen...cit., p.88. Esta calificación de la licencia de edificación recuerda al concepto de acto de habilitación de VILLAR (La intervención...cit., p.305), esto es, un acto constitutivo aunque no discrecional (como los actos de admisión, permiso de conducción etc.)

El carácter reglado de la licencia excluiría en principio las cláusulas accesorias de la Administración, pues el contenido de la licencia ha de venir determinado por las normas (Leyes, Reglamentos, Planes urbanísticos, Normas Subsidiarias, Ordenanzas Municipales)². Sin embargo, tradicionalmente se admiten las cláusulas accesorias en los siguientes supuestos:

A) Cláusulas que permiten el cumplimiento de los requisitos normativos (estándares urbanísticos, previsiones del Plan u Ordenanzas Municipales) que aún no concurren en el momento de resolver sobre la licencia. La doctrina y la jurisprudencia califican a estas cláusulas como "conditiones iuris", sobre lo que basan su admisibilidad³.

² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.359; PAREJO, Derecho Urbanístico, Instituciones Básicas, Mendoza, 1986, p.496. Tomás-Ramón FERNANDEZ, Manual...cit., p.200; SANCHEZ DIAZ, Ob.cit., pp.51-52. Este punto de partida está en innumerables SSTs; por ejemplo: STS 14 mayo 1981 (Az.2069); STS 5 junio 1981 (Az.2549); STS 24 octubre 1981 (Az.8179); muy expresiva, la STS 19 julio 1985, que conecta el carácter reglado de la licencia con el derecho de propiedad, y por tanto con el principio de reserva de ley: "Cualquier condicionamiento del dominio y en consecuencia del 'ius aedificandi' tiene que estar recogido en disposiciones legales o reglamentarias o planificadoras de carácter general...". STS 2 julio 1991, Az.5727 (En el caso, una licencia de construcción de local comercial contiene una condición que obliga a distinguir entre uso alimentario y no alimentario; el Tribunal anula esta cláusula porque el plan sólo se refería a uso comercial, sin más limitaciones); STS 12 febrero 1991, Az.946 (licencia con carga de construir alcorques para arbolado, no previstos en las normas urbanísticas; el Tribunal anula esta carga). La más reciente, STS 28 septiembre 1993 (Az.6629)

³ Tomás-Ramón FERNANDEZ, Ob.cit., p.200; GONZALEZ PEREZ, La nueva...cit., p.215; según la STS 27 febrero 1981 (Az.694): "La jurisprudencia ha sancionado la posibilidad de someter las licencias a condiciones o cargas modales...aunque...ello haya sido posible porque las condiciones o modos no eran propiamente tales...sino "conditiones iuris" o cláusulas legítimas de las licencias, esto es, determinaciones de voluntad que no contradecían, sino más bien aplicaban...la ordenación urbanística; habiéndose llegado a la legitimación

B) Cláusulas en licencias que se otorgan pese a haberse aprobado inicialmente un nuevo plan (que supone automáticamente la suspensión de nuevos otorgamientos). Mediante estas cláusulas se asegura que la licencia sea conforme a las determinaciones del futuro plan (cfr.art.120.1 RP)⁴

C) Cláusulas de concreción de obligaciones genéricas del propietario. Por ejemplo, el mantenimiento del estilo arquitectónico de un determinado lugar (art.138 LS), alturas en manzanas ya edificadas (art.139 LS) o mantenimiento de alineaciones⁵. Son obligaciones del particular que se concretan en una cláusula accesoría⁶.

del condicionado de este tipo de licencias cuando con ello se evite la denegación"; vid. también SSTs: 28 junio 1955 (Az.2768); 26 diciembre 1959 (Az.1960/726); 23 mayo 1961 (Az.2406); 19 junio 1979 (Az.2958); 9 marzo 1985 (Az.1499); 21 mayo 1985 (Az.4765); 20 septiembre 1985 (Az.4285); 10 mayo 1989 (Az.3864); 17 mayo 1993 (Az.3487)

⁴LOPEZ PELLICER, Ob.cit., p.76

Este supuesto también está regulado en el art.14.2 BauGB, que configura la licencia como "excepción" (Ausnahme), de otorgamiento discrecional por la Administración. (cfr.BATTIS/KRAUTBERGER/LÖHR, Baugesetzbuch, 3.Ed., München, 1991, art.14, párr.19)

⁵ Para el caso de que no haya norma local rige directamente el art. 138 LS: adaptación de la edificación al ambiente. Ello permitiría al Ayuntamiento introducir condiciones sobre el color de la fachada (STS 18 octubre 1980, Az.3917) o condiciones de retranqueo respecto del proyecto del propietario para adecuar lo solicitado a la obligación de respetar "la propia realidad de la edificación ya existente" (LOPEZ PELLICER, Ob.cit., p.82), teniendo en cuenta que esta facultad de la Administración está sometida en todo caso a los principios de igualdad, proporcionalidad y no restricción del derecho de propiedad (SSTs 3 diciembre 1972, Az.4647; 18 marzo 1973, Az.350; 7 mayo 1979, Az.2385; 16 febrero 1980, Az.2552; 7 abril 80, Az.2553; 6 octubre 1980, Az.3861; 30 mayo 1980, Az.2900; 13 octubre 1981, Az.4148)

⁶ En estos casos habla SANCHEZ DIAZ (Ob.cit., p.41) de "discrecionalidad técnica derivada de conceptos jurídicos indeterminados" y GONZALEZ PEREZ (La nueva...,p.215) se

D) Cláusulas accesorias previstas por la ley, como son la reservas de revocación que se prevén en las licencias del art. 136.1 LS (obras provisionales)⁷. En ocasiones, los Tribunales han apreciado con mucha facilidad autorizaciones normativas para cláusulas accesorias, a menudo incorrectamente⁸

refiere a la existencia de un "núcleo de discrecionalidad". Ciertamente que no se puede hablar de "discrecionalidad técnica", de ningún tipo de discrecionalidad, cuando de lo que se trata es de dar contenido a conceptos normativos indeterminados (GALLEGO ANABITARTE, Función ejecutiva...cit., p.17 y Derecho Administrativo I, cit. p.327) lo que no excluye el reconocimiento de un ámbito de actividad valorativa insustituible de la Administración (MOZO, Ob.cit., pp.393 y 395; SCHMIDT-ABMANN, en MAUNZ/DÜRIG/HERZOG, Ob.cit., art.19 IV GG, párr.191: Beurteilungsermächtigungen), vid. supra Cap.2 V. En Baviera, el art.3 BayBO obliga a que la construcciones no pongan en peligro "la seguridad y el orden" y de que se realicen de acuerdo con las "reglas de la técnica". La doctrina interpreta esta norma como una autorización para que la Administración incluya cláusulas accesorias (SIMON, Ob.cit., art.74, Párr.34a).

⁷ Según PEREZ BOLAÑOS, Las licencias de urbanismo y las cláusulas accesorias, AA 13, 1989, pp.781 y 786 (en relación con el anterior art. 58.2 del Texto Refundido de 1976) este acto autorizatorio no sería propiamente una licencia, pues en nuestro Derecho no cabría la licencia en precario. En contra afirma GONZALEZ PEREZ, Comentarios a la Ley del Suelo I (*TR 1976) cit., art.58.2, p.677 que estamos ante licencia urbanística, criterio que parece aceptar LOPEZ PELLICER, Ob.cit., p.92 y que se mantiene en STS 8 mayo 1985 (Az.2901). Y al ser licencia, no pierde su carácter reglado: sólo se puede denegar si fundadamente impide la ejecución del planeamiento (STS 16 octubre 1985, Az.5646).

En la BayBO se contienen las siguientes autorizaciones para incluir cláusulas accesorias, siguiendo a SIMON, Ob.cit., art.74, párr.34 a: a)Erección de vallas o distancias mínimas de la construcción (art.6 I 3 y 4 BayBO) b)No cortar árboles (art.5 III y IV BayBO) c)Crear espacios para juegos de niños, y mantenerlos (art.8 III BayBO) d)Convertir plazas de aparcamiento cubiertas en descubiertas y viceversa (art.55 II y III BayBO)

⁸ Así ocurre con muchas SSTs que intentaron justificar normativamente la posibilidad de incluir plazos de caducidad en las licencias, lo que estaba expresamente prohibido por el art. 15.1 RSCL, pero amparado en numerosas Ordenanzas y

E) La jurisprudencia llegó incluso a permitir cláusulas "que no sean imposibles o contrarias al Ordenamiento jurídico"⁹. Y con otra formulación: "en el condicionado de una licencia urbanística debe ser admisible una condición 'prater legem' o 'secundum legem', pero no 'contra legem'"¹⁰ Las normas se convierten entonces en límite externo, no en fundamento de la facultad de condicionar. Resultaba así posible someter licencias a plazo de caducidad "Con el fin de salvaguardar la seguridad jurídica y evitar peticiones poco meditadas o simplemente especulativas, para traficar con ellas"¹¹

II. Condiciones y modos en la licencia de edificación.

Los gravámenes en un acto favorable los hemos reducido a condiciones potestativas y modos. La diferencia de efectos de ambos tipos de cláusulas es trascendental. Pero la

Planes Municipales (después también en Leyes de las Comunidades Autónomas; así, art. 17 Ley de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid): Vid. PEREZ BOLAÑOS, Ob.cit., p.788. La jurisprudencia vio autorización normativa para incluir cláusulas accesorias en los siguientes preceptos: art 16.1 RSCL que se refiere a "condiciones" de las licencias, pero que ni las autoriza ni las prohíbe (SSTS: 22 febrero 1981, Az.694; 26 septiembre 1984, Az.4877; 24 enero 1985, Az. 844; 17 junio 1985, Az.4130; 10 mayo 1989, Az.3864; 2 febrero 1990, Az.939); art.15.2 RSCL, aunque propiamente se refiere a licencias de actividades, no de obras (SSTS 12 abril 1985, Az.2203); también, la STS 10 mayo 1990 (Az.4060) consideró que la previsión de aparcamientos en un Plan Parcial constituía base normativa suficiente para imponer a una licencia la condición de que los bajos de un edificio se destinaran a aparcamiento.

⁹ STSS: 20 septiembre 1985 (Az.4285); 26 septiembre 1982 (Az.1640); 5 julio 1983 (Az.3977); 25 julio 1990, (Az.6682)

¹⁰ STS 27 febrero 1981 (Az.694)

¹¹ STS 12 abril 1985 (Az.2203). Con el mismo contenido, SSTS: 26 septiembre 1984 (Az.4877); 20 mayo 1985 (Az.4116); 2 junio 1992 (Az.4809)

legislación urbanística no tiene en cuenta esta distinción sistemática. Se trata entonces de interpretar y calificar las distintas cláusulas de las licencias de edificación.

A) Condiciones resolutorias¹².

a) Los plazos de edificación en la licencia.

El art.35 LS dispone que:

"1. El acto de otorgamiento de la licencia fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable.

2. El derecho a edificar se extingue por incumplimiento de los plazos fijados, mediante su declaración formal, en expediente tramitado con

¹² La doctrina y la jurisprudencia utilizan con frecuencia el término condición, pero como sinónimo de "cláusula", sin mayor precisión. A esta confusión daban pie los arts. 184 y 185 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, que se referían genéricamente a las "condiciones" de la licencia. Sobre estas "condiciones" decía la STS 20 septiembre 1985 (Az.4285) que eran "determinaciones accesorias de la voluntad de la Administración", pero sin distinguir qué tipo de cláusula accesoria. En la actualidad, los arts 248,249 y 250 LS (Texto Refundido de 1992) no se refieren ya a "condiciones", sino a "determinaciones" de la licencia, lo que exige una labor de calificación técnico-jurídica de esas determinaciones, algunas de las cuales serán propiamente condiciones, pero no todas. En Derecho de policía urbanística bávara la condición es un supuesto marginal, sólo para el caso en que "El cumplimiento o incumplimiento de la cláusula es tan urgente que con ello se quiere hacer depender el contenido...de la licencia de edificación" (SIMON, Ob.cit., art.74, párr.48). Pero este criterio restrictivo hay que entenderlo en el marco de la teoría general de las cláusulas accesorias en Alemania, donde el cumplimiento de la condición tiene efectos "ipso iure", sin necesidad de "declaración de caducidad", a diferencia de nuestro Derecho (vid. supra Cap.4 VI C).). Es por ello que SIMON (Ob.cit., art.74, párr.48) reprocha a la condición la situación de inseguridad jurídica que crea, al no haber declaración del cumplimiento o incumplimiento de condición.

audiencia del interesado"

Junto a ello, según el art. 36 LS:

"1. Extinguido el derecho a edificar, el interesado no podrá iniciar o reanudar actividad alguna al amparo de la licencia caducada..."

2. La Administración expropiará los correspondientes terrenos con las obras ya ejecutadas o acordará su venta forzosa, valorándose aquéllos conforme al 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico para el que se obtuvo la licencia y éstas por su coste de ejecución"

¿Qué son estos plazos de edificación? La relación que establece la norma entre el incumplimiento de los plazos y la expropiación o venta forzosa crea dificultades de categorización. GALLEGO ANABITARTE ha explicado estos plazos como cláusulas accesorias añadidas al derecho a edificar: condición y término final¹³. Este es el punto de partida para las reflexiones que siguen. En mi opinión, la condición y el término se pueden fundir en una condición potestativa (resolutoria). En efecto, aunque el art.35 LS se refiera a "plazos", en realidad se trata de condiciones resolutorias potestativas. Pues la licencia no se extingue o está vigente durante un período de tiempo, sino que es la actuación (o mejor, la omisión) del particular la que determina la extinción la licencia, previa declaración de caducidad¹⁴. En este estudio voy a seguir esa calificación de los plazos como condición potestativa (vid. también supra Cap.4 III), aunque

¹³ GALLEGO ANABITARTE, Expropiaciones y supuestos indemnizatorios en el Texto Refundido de 1992, en "Catastro" 17 [1993], p.11; y del mismo autor, Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones, expropiaciones y venta forzosa, RDU 134 [1993], pp.56 y 57

¹⁴ STS 26 septiembre 1984 (Az.4877): "Que el someter a (la licencia) a un plazo de caducidad, no representa otra cosa que su otorgamiento bajo condición resolutoria, consistente en darla por resuelta, de no empezar las obras...". En el mismo sentido: STS 12 abril 1985 (Az.2203)

con una opinión propia en cuanto a los efectos del incumplimiento de la condición. Lo normal es que los plazos de edificación sean condiciones "iuris", porque están impuestas por la norma (art.35.1 LS)¹⁵. Aunque, de acuerdo con mi concepto de cláusula "iuris" (vid. supra Cap. 4 III A) y V), también habrá cláusula accesoria cuando sea la Administración quien concrete el plazo (a falta de norma urbanística que lo fije directamente).

Según GALLEGO ANABITARTE, el incumplimiento de la condición de edificar extinguiría el derecho al aprovechamiento urbanístico (menos un 50%, por razones de justicia y equidad)¹⁶. A mi juicio, el incumplimiento de la condición potestativa de edificar no determina inmediatamente la extinción del 50% del aprovechamiento urbanístico. Para afirmar esto hay que resaltar la división del art. 36 LS en dos párrafos. Según el primero, el incumplimiento de los plazos para edificar determina que el particular ya no puede construir "al amparo de la licencia caducada". Se trata de una consecuencia normal de una licencia de policía. La Administración declara la adecuación del proyecto de edificación a las normas para un determinado plazo de tiempo. Superado ese plazo se hace necesaria una nueva licencia de policía. Pero no por ello ha desaparecido el derecho a edificar o se ha reducido su valor, si es que el particular ya era titular del derecho al aprovechamiento urbanístico. Según esta explicación, la licencia de edificación no habría alterado su naturaleza policial en el Decreto Legislativo 1/1992. También bajo la vigencia de la LS 1976 las licencias de edificación se otorgaban con plazo de caducidad (con base en planes, Ordenanzas y doctrina judicial tolerante).

¹⁵ GALLEGO ANABITARTE, Expropiaciones...cit., p.11

¹⁶ GALLEGO ANABITARTE, Expropiaciones...ibídem

La novedad en la LS 1992 es el párrafo 2 del art.36. Según este precepto, ante el incumplimiento de los plazos de edificación la Administración está obligada a expropiar o decretar la venta forzosa de los terrenos por el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico. Y en mi opinión, no estamos ante una pérdida de valor por el incumplimiento de los plazos de la licencia, sino ante una regulación peculiar -por Ley- de la expropiación forzosa. El derecho a edificar con licencia caducada debe ser expropiado de acuerdo con reglas específicas de fijación del justiprecio¹⁷. No es que caducada

¹⁷ Esta regulación por Ley de un tipo especial de expropiación tiene su único límite en la Constitución, no en la LEF. Por tanto no se siguen los criterios de valoración de la LEF (arts.36 y ss.) que descansan sobre el concepto de equivalente económico del bien expropiado (arts.36 y 43 LEF). La Constitución sólo exige indemnización, pero no aclara cuál es el contenido de ésta; y no es ni mucho menos obvio que indemnización signifique equivalente económico (esta asimilación se encuentra en STC 111/83 FJ 8: Rumasa); con acierto afirma PAREJO (Expropiación y supuestos expropiatorios, en la Ley 8/1990, DA 222, p.115) que "valor real" no es "valor de mercado", sino "razonable equilibrio". En efecto, si el derecho de propiedad no es absoluto, sino delimitado por su función social (art.33.1 CE) tampoco la indemnización expropiatoria es absoluta. Quiero decir con ello que una forma de delimitar la función social de la propiedad, por Ley, es una regulación peculiar y limitativa de la indemnización por expropiación. Una explicación como la propuesta es posible en Derecho Público alemán, donde el art.14 III 3 GG establece que "la indemnización (por expropiación) se determina mediante justa ponderación entre los intereses de los afectados y los de la comunidad". Ello significa que la indemnización, que ha de regular cada Ley en cada caso concreto de expropiación (Junktimklausel), puede ser a la baja respecto del valor de mercado (BVerfGE 24,367,421; 46,268,285). Aunque hay que aclarar que en la doctrina alemana esta posibilidad de no indemnizar por valor de mercado se acepta restrictivamente (MAURER, Allgemeines...cit, Cap.26, párr.63; la opinión más crítica: LEISNER, Die Höhe der Enteignungsentschädigung, Unterschreitung des Verkehrswertes? NJW 22 [1992], p.1415; y del mismo autor, Degressive Ersatzleistungen? NJW 1993, pp.353-359), para supuestos excepcionales (así: expropiación de terrenos para control de la subida de la aguas en Hamburgo). En nuestro Derecho, la expropiación a la baja de la LS no debe ser tratada como exceso. Pues si bien el art. 33.3 reconoce la garantía indemnizatoria, este reconocimiento

la licencia de edificación desaparezca "ipso iure" el 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico, sino que la Administración debe expropiar de acuerdo con reglas especiales¹⁸. Y por supuesto que hasta que no se produce la expropiación no hay pérdida de aprovechamiento. Esta explicación es coherente con el concepto de condición potestativa resolutoria sostenido en esta Tesis y con la jurisprudencia del TS anterior a la LS 1992. De la siguiente forma: 1) La Administración no puede expropiar hasta que no se ha declarado formalmente la caducidad de la licencia (interpretación sistemática de los arts.35.2 y 36.2 LS). 2) El TS tiene reiteradamente declarado que la caducidad no es automática, sino que debe ser declarada expresamente y con criterios ponderados¹⁹: no siempre que se incumplen los

ha de ser compatible con el resto del sistema constitucional (Vid.: HESSE, Ob.cit., párrafos 317-318: "concordancia práctica"), y en concreto con el principio de participación en las plusvalías urbanísticas (art 47 CE). Este precepto, pese a su ubicación constitucional (Cap.III, Tit.I) debe ser ponderado por el legislador en la regulación de la garantía patrimonial (e indemnizatoria); cierto es que en ponderación abstracta el derecho de propiedad prima sobre el principio de reparto de plusvalías, pero en una ponderación concreta (intensidad de sacrificio de un derecho o principio de rango superior, por uno inferior) se puede sostener la legitimidad constitucional de una regulación a la baja de la indemnización expropiatoria, pues el sacrificio relativo (expropiación al 50% de aprovechamiento urbanístico para el caso de no edificación en plazos determinados) es un sacrificio mínimo y residual del derecho a edificar.

¹⁸ Esta separación entre caducidad de la licencia y expropiación se encuentra en GONZALEZ PEREZ (Nuevo régimen...cit., p.452) al destacar que caducada la licencia han de transcurrir también los plazos en los que aún es posible la solicitud de licencia antes de proceder a la expropiación o venta forzosa.

¹⁹ Vid. también MERELO, Ob.cit., pp.46 y 66. La doctrina judicial sobre la caducidad por incumplimiento de plazos se puede sintetizar así:

a) "Sus efectos no se producen automáticamente, por el transcurso del tiempo, por requerir un acto formal declarativo" (STS 16 mayo 1985, Az.3559), y con la misma doctrina, SSTs: 12 julio 1983 (Az.4039); 4 noviembre 1985

plazos de edificación debe la Administración declarar la caducidad. 3) Entonces, tampoco el incumplimiento de plazos de caducidad puede determinar en todo caso la expropiación o venta forzosa; sólo cuando se declare la caducidad de la licencia. Consiguientemente, la pérdida del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico no es un efecto del incumplimiento de los plazos de la licencia, sino de la expropiación forzosa siguiente a la declaración de caducidad de la licencia.

b) Urbanización simultánea

Según el art.33.2 LS:

"Cuando la licencia autorice la urbanización y edificación simultáneas, la adquisición definitiva de los derechos al aprovechamiento urbanístico y a edificar, quedará subordinada al cumplimiento del deber de urbanizar"

(Az.6302); 22 enero 1986 (Az.887); 28 julio 1986 (Az.6901); 22 marzo 1988 (Az.2244); 30 septiembre 1988 (Az.7286); 24 octubre 1988 (Az.8220); 30 mayo 1990 (Az.4292); 2 noviembre 1990 (Az.8736); 22 mayo 1991 (Az.4303); 3 marzo 1992 (Az.1778). Se quiebra de esta forma una doctrina anterior (SSTS: 13 noviembre 1975, Az.4263; 25 octubre 1977, Az.3959; 28 diciembre 1981, Az.5457) que afirmaba la eficacia "ipso iure" del incumplimiento de los plazos.

b) La posibilidad de declaración de caducidad ha de ser interpretada restrictivamente, para hacerla compatible con la libertad individual que asegura el art. 6.2 RSCL (SSTS: 16 junio 1980, Az.3195; 12 abril 1985, Az.2203; 10 mayo 1985, Az.4754; 15 julio 1985, Az.3918) o porque viene a truncar una situación favorable no creada por la licencia, sino preexistente a ella, como es la titularidad del "ius aedificandi" (SSTS: 24 enero 1985, Az.844; 4 diciembre 1985, Az.982/86; 22 marzo 1988, Az.2244)

c) No basta incumplimiento de plazo, es necesaria una inequívoca voluntad de abandonar el proyecto por parte del titular de la licencia (SSTS: 14 marzo 1990; Az.1975; 16 octubre 1991, Az.7838)

d) Para declarar la caducidad ha de constar "Inexistencia de causa que justifique el no uso de la licencia" (STS 29 mayo 1991, Az.4307).

Con esta norma se mantiene el criterio del art. 83.1 del Texto Refundido de la LS de 1976²⁰. Se trata de licencias -regladas- sometidas a condición resolutoria²¹, pues el propietario ya puede iniciar la edificación. El efecto autorizatorio no queda suspendido en el tiempo²². Ahora bien, si el particular no cumple con la condición de urbanizar su situación jurídica se resuelve, retrotrayéndose a un escalón muy anterior, en que ni siquiera ha patrimonializado el derecho al aprovechamiento urbanístico. Pero no se trata solamente de una pérdida de valor urbanístico, a efectos de expropiación. Es también extinción de la licencia de edificación: el art. 40.3 RGU se refiere expresamente a "caducidad de la licencia"

²⁰ La Tabla de Vigencias de los Reglamentos urbanísticos (R.D. 304/1993 de 26 de febrero) ha declarado vigentes los arts. 39.1 y 40 RGU, referidos precisamente a la urbanización simultánea a la edificación. Dicho esto, la opinión cualificada de RODRIGUEZ DE SANTIAGO, miembro del equipo redactor de la LS 1992, es que estos preceptos no son aplicables en el sistema de la LS 1992.

²¹ LOPEZ PELLICER se refiere, en cambio a "obligación modal" (Ob.cit., p.77). La STS 21 mayo 1985 (Az.4765) afirma el carácter reglado de la licencia (el acto no pasa a ser discrecional por faltar algún requisito -condición de solar- para el otorgamiento de licencia), sería una licencia reglada con "conditio iuris". Nada obsta el que la jurisprudencia se refiera a esta condición como "obligación" (STS 12 junio 1985) pues en efecto la condición potestativa se construye sobre lo que originariamente se denomina "deber de urbanizar" (así: 83.3.2 LS 1976; art.40.3 RG; 33.2 LS 1992)

²² En Derecho de policía urbanística de Baviera también se prevé la posibilidad de urbanización simultánea a la edificación, pero en este caso se formula como condición suspensiva: se otorga la licencia de edificación, pero no se puede iniciar la construcción hasta que no se haya urbanizado (SIMON, Ob.cit., art.74, párr.48a)

c) Otras condiciones resolutorias.

La tipología de condiciones resolutorias no está cerrada. Habrá tal condición cuando el contenido autorizatorio de la licencia se subordine a hechos o actos verdaderamente trascendentes, valoración ésta que se deriva de las normas urbanísticas. Así, es una condición la exigencia de derribo de previa construcción existente²³, para evitar que se de un exceso de volumen²⁴; y normalmente condición resolutoria, no suspensiva, pues dado que la condición suspensiva es más gravosa, su imposición será desproporcionada, cuando al mismo resultado se pueda llegar con la condición resolutoria²⁵. El mantenimiento de fachada también se puede formular como condición resolutoria²⁶.

B) Condiciones suspensivas.

Su carácter más gravoso, respecto de la condición resolutoria, determina la excepcionalidad de este tipo de condición. Cuando existen, se suelen referir al replanteamiento de las obras por los técnicos municipales²⁷,

²³ STS 14 diciembre 1989 (Az.9124): "La licencia queda condicionada a la demolición de la vivienda existente ya que el volumen y ocupación de la referida licencia, de no demolerse no permitiría según la normativa vigente, la construcción de lo solicitado"

²⁴ STS 14 diciembre 1989 (Az.9123)

²⁵ Este criterio en favor de la condición resolutoria, en SIMON, Ob.cit., art.74, párr.34e.

²⁶ SIMON, Ob.cit., art.74, párr.34e

²⁷ Así, en STS 28 diciembre 1981 (Az.5457)

o a la llamada "tira de cuerda"²⁸

C) Modos

La jurisprudencia rara vez menciona la carga modal en la licencia de edificación. Y cuando lo hace es sin distinguirla de la condición. En el sistema de cláusulas accesorias que exponemos el modo se refiere a exigencias de segundo orden, en comparación con las que dan contenido a la condición. Se pueden calificar como modos:

a) Tasa por licencia. Pese a su naturaleza tributaria, independiente del contenido autorizatorio del acto, se puede afirmar que también es contenido de la licencia²⁹. Es una de las "condiciones" (cláusulas) de la licencia, en el sentido amplio del art. 16 RSCL. En la práctica, las licencias mencionan que la licencia se otorga "previo abono de las tasas"³⁰, lo que se ha interpretado como condición suspensiva de la licencia³¹. A mi juicio, se trata de una cláusula típicamente modal (vid.supra Cap.5 I D).). Y por ello, la obligación de pago es susceptible de ejecución forzosa (vía de apremio) pero también puede dar lugar, en última instancia, a revocación de la licencia.

²⁸ STS 25 julio 1989 (Az.6113). Una condición suspensiva similar ("señalamiento de los límites del solar") se suele contener también en las licencias de construcción en Baviera.

²⁹ Así se entiende también en la práctica de las licencias urbanísticas en Baviera. La cláusula n.1334 de la lista de cláusulas accesorias del "Landratsamt" Erlangen (documento de trabajo, no oficial) dice: "la tasa es parte integrante de esta resolución" (de la licencia de edificación)

³⁰ Vid. CHACON ORTEGA, Manual de procedimiento y formularios para Ayuntamientos II, 1991, p.804

³¹ STS 23 mayo 1961 (Az.2406)

b) Exigencias de otros órganos administrativos. A través de la licencia se puede ejercer un amplio control del cumplimiento de las normas administrativas, no sólo de los planes de urbanismo. De esta forma, el órgano administrativo competente para una determinada materia, concurrente con la estrictamente urbanística, emite una propuesta de modo que debe ser incluido en la licencia de obras. De esta forma, con un sólo acto se concentra el ejercicio de varias competencias de policía. Este tipo de modo es excepcional en nuestro Derecho, donde se da una atomización de licencias y procedimientos administrativos³².

c) Cláusulas para asegurar el cumplimiento de exigencias normativas menores. Cuando no concurren todos los requisitos normativos (Ley, Plan, Ordenanza Municipal) para el otorgamiento de la licencia, y tales requisitos sean de carácter no esencial o secundario, entonces su falta se suple con un modo³³

³² En cambio, en los expedientes que puede examinar en el "Landratsamt" (órgano administrativo provincial, y al mismo tiempo órgano desconcentrado del Land) de Erlangen (Baviera) gran parte de los modos tenían origen en propuestas de otras dependencias administrativas (aguas, protección de la naturaleza, agricultura, seguridad pública, etc) sobre su propio ámbito competencial. Algunos de estos modos en la licencia de edificación (Baugenehmigung) son: prohibición de desagües sobre carreteras; prohibición de verjas junto a carreteras; obligación de protegerse frente al ruido proveniente de carretera cercana; obligatoria colocación de vallas publicitarias, por razones estéticas; medidas contra incendios; disposiciones en relación con garajes.

³³ En los expedientes administrativos que estudié en Erlangen (Baviera) identifiqué los siguientes modos de esa clase: prohibición de plantar plantas venenosas cerca de espacios para juegos de niños; tipo de vehículos que pueden repostar un una gasolinera, para la que se otorga la licencia de obras.

III. Efectos del incumplimiento de condiciones resolutorias (potestativas) y modos.

La LS no regula expresamente las cláusulas accesorias en la licencia de edificación. Por ello, las consecuencias jurídicas que dispone la LS 1992 para el caso de incumplimiento de las "condiciones señaladas en la licencia" no encajan, en principio, con el sistema expuesto.

A) Licencia de edificación condicionada a la urbanización simultánea.

Tan sólo para el caso de incumplimiento de la condición de urbanizar simultáneamente a la edificación la legislación urbanística es acorde con nuestro sistema. Según el art. 40.3 RGU: "El incumplimiento del deber de urbanización simultáneo a la edificación comportará la caducidad de la licencia, sin derecho a indemnización...". El cumplimiento de la condición de urbanizar debería comprobarse al final del plazo que, conforme al art.35.2 LS, fija la licencia para edificar (y urbanizar simultáneamente). Ya vimos que la caducidad es la consecuencia jurídica del incumplimiento de una condición resolutoria potestativa (consecuencia jurídica en todo caso no automática, sino ponderada)³⁴. De acuerdo con el sistema

³⁴ La consecuencia jurídica de la caducidad no es incompatible, a mi juicio, con la legalización que permite el art.39 LS, pues esta legalización puede consistir precisamente en el otorgamiento de una nueva licencia que venga a legitimar lo que ya no puede amparar la licencia caducada. Por tanto, la legalización en caso de incumplimiento de condición consiste en el otorgamiento de nueva licencia; en cambio, la legalización por incumplimiento de modo se realiza sin necesidad de declarar la caducidad, sino mediante el requerimiento y ejecución forzosa de la carga modal. LOPEZ PELLICER (Ob.cit.,p.92) afirma que una forma de legalizar es no declarar la caducidad, pero no distingue los casos en que se debe dar este tipo de legalización. En mi opinión, este tipo de legalización es el

de patrimonialización sucesiva de facultades urbanísticas recogido en el Real Decreto Legislativo 1/1992, este supuesto de caducidad lleva consigo las siguientes consecuencias:

a) El particular no ha ganado el "derecho a la edificación", pues este sólo se obtiene "por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada..." (art.37.1 LS). Dado que el incumplimiento de la condición de urbanizar ha extinguido la licencia, el particular no llega a obtener el derecho a lo edificado³⁵.

b) El titular de la licencia tampoco ha obtenido el derecho a edificar. Pues este derecho, según el art.33.2 LS, queda subordinado al cumplimiento del deber de urbanizar.

c) Tampoco ha adquirido el particular el derecho al aprovechamiento urbanístico, ya que este derecho, según el art.33.2 LS está subordinado al cumplimiento del deber de urbanizar. Por tanto, el particular sólo sería titular, a lo sumo (si no se han incumplido también los plazos para urbanizar: art.25 LS) del derecho a urbanizar.

Nos encontramos así con una edificación terminada, una licencia caducada y la titularidad, tan sólo, de derecho a urbanizar. Pero en este caso, la LS no opta por la expropiación o venta forzosa, sino que permite a la Administración ("puede...") la legalización de lo edificado. Según el art.39 LS esta legalización exigirá también el

propio del modo, pero no de la condición.

³⁵ Vigente la LS 1976, la consecuencia jurídica de no cumplir la condición de urbanización simultánea venía dispuesta por el art. 41.2 RGU: no otorgamiento de la licencia de primera ocupación (STS 25 julio 1989, Az.6113). La LS 1992 es más acorde con el carácter de condición resolutoria del llamado "deber de urbanizar": incumplida la condición de urbanizar la licencia deja de surtir efectos retroactivamente, no permite la patrimonialización de lo construido.

cumplimiento del deber de urbanizar. Se trataría de otorgar una nueva licencia de edificación sometida, de nuevo, a la condición resolutoria de urbanizar³⁶. Téngase en cuenta, en todo caso, que la nueva licencia, así como la caducada, no son de otorgamiento reglado, pues sólo hay derecho a la licencia después de superadas las cargas de urbanización. El otorgamiento de esta licencia legalizadora es una facultad discrecional (vinculada) de la Administración. El sistema expuesto concuerda con la característica de retroactividad propia de la caducidad por incumplimiento de condición resolutoria: una vez caducada la licencia el particular no sólo no adquiere el "derecho a la edificación", sino que ni siquiera ha obtenido el "derecho a edificar", cuestión ésta relevante para la valoración en caso de expropiación.

B) Regulación general de la LS.

El supuesto típico de inclusión de una cláusula accesoria tiene lugar cuando el proyecto técnico del solicitante de licencia no cumple todos los requisitos de las normas urbanísticas. En estos casos, la Administración puede imponer condiciones o modos, para así poder otorgar lo que si no debería ser denegado y al mismo tiempo asegurar el cumplimiento de las normas urbanísticas. Que esas cláusulas sean condiciones o modos depende de la entidad o esencialidad de las normas urbanísticas cuyo cumplimiento se trata de asegurar (vid. supra Cap.10 II B) a.), ¿Y qué ocurre si el titular de la licencia incumple estas cláusulas? De acuerdo con lo ya dicho, el incumplimiento de una condición resolutoria de la licencia debe determinar la declaración de caducidad de la licencia (vid. supra Cap.4 VI); en cambio, el

³⁶ Este mismo resultado en MERELO (Ob.cit.,p.62), si bien no menciona el otorgamiento de licencia sometida a condición, sino que "la legalización quedaría sujeta a su cumplimiento (de los deberes urbanísticos)"

incumplimiento del modo provoca la ejecución forzosa del gravamen y, en última instancia, la revocación de la licencia (vid. supra Cap.5 II). Pero no basta con quedarse en esa respuesta lógico-institucional. Hay que comprobar que esa solución tenga cabida en la regulación positiva de los arts. 248 y 249 LS 1992. El primer dato es que estos preceptos regulan unitariamente el incumplimiento de las "condiciones señaladas en la licencia", sin más graduaciones. El segundo dato es que los arts. 248 y 249 LS disponen distintas consecuencias jurídicas para las obras en curso y para las obras terminadas.

a) Obras en curso.

aa) La edificación en curso sin atenerse a las "condiciones" de la licencia es objeto de una orden de suspensión inmediata (art.248.2 LS)³⁷. Se trata de una orden de policía para la eliminación de peligros. Esta orden de policía no es una sanción, ni una extinción parcial o temporal de la licencia. Cuando el particular actúa más allá de las "condiciones de la licencia" es como un actuar sin licencia³⁸, y sobre tal actuación recae la prohibición general de policía de la que liberaba la licencia³⁹. En el mismo sentido, el incumplimiento de un modo se puede considerar como el incumplimiento de una orden de policía incorporada a la licencia⁴⁰, y por ello su incumplimiento

³⁷ La misma regulación en el art.81 BayBO.

El TS ha establecido que la suspensión ha de ser medida previa a la caducidad (STS 17 abril 1978, Az.1606)

³⁸ MERELO, Ob.cit., p.44

³⁹ Cfr. KNEMEYER, Polizei und Ordnungsrecht, 2.Ed., München, 1985, párr.42; DREWS/WACKE/VOGEL/MARTENS, Ob.cit., p.410

⁴⁰ Este es precisamente el origen del modo en Derecho administrativo: vid supra Cap.5 I C) a).

también determina el surgimiento de una situación de peligro que ha de ser evitada mediante la suspensión. Lógicamente, la suspensión sólo afecta a la actividad en la que se incumple condición o modo, que es en la que se crea peligro, no a toda la construcción⁴¹

bb) Aparte de esta suspensión de policía, inmediata, se tramita un expediente administrativo. Este concluye con un requerimiento, con un plazo, para el ajuste de las obras a la licencia (dos meses, según el art.29.3 RDU)⁴². El que se otorgue un plazo de rectificación no significa sin más que no se pueda tratar de verdaderas condiciones resolutorias potestativas⁴³. Pues ya hemos visto que en Derecho administrativo el principio de proporcionalidad proscribía el automatismo de efectos ante el incumplimiento de la condición.

cc) En las consecuencias jurídicas expuestas arriba no se distingue entre incumplimiento de condición y de modo. Pero se puede decir que cuando lo que se incumple es un modo la Administración podrá compeler a su cumplimiento (en su caso, mediante ejecución forzosa, preferentemente mediante multa coercitiva), pero no dará lugar a la extinción de la licencia ni a la demolición⁴⁴. Otra solución hay que sostener

⁴¹ El mismo resultado, aunque sin referencia a la teoría de condiciones y modos, en LOPEZ PELLICER, Ob.cit., p.85

⁴² La demolición por incumplimiento de "condiciones" sólo se puede dar tras requerimiento de legalización (STS 14 diciembre 1989, Az.9124)

⁴³ En STS 14 diciembre 1989 (Az.9123), sobre condición de previo derribo de un chalet, el Tribunal se refiere a la condición en sentido estricto, y no la considera incompatible con el requerimiento.

⁴⁴ Sin referencia al sistema de cláusulas accesorias que expongo, la doctrina y la jurisprudencia han destacado tradicionalmente que no cualquier infracción de las "condiciones" de la licencia da lugar a la demolición. En

para el incumplimiento de condición. El art.29.4 RDU disponía, para el caso de no ajuste a las "condiciones de la licencia", que el Ayuntamiento acordaría la demolición. El art.248.2 LS ha modificado esta regulación: ante el incumplimiento de las "condiciones" de la licencia la Administración debe expropiar o declarar la venta forzosa de terreno y obras. Y una vez enajenado el solar procederá la demolición parcial, de aquello que no pueda mantenerse. Pero el art.248 LS no aclara qué ocurre con la licencia cuyas cláusulas se incumplen. Sólo determina las consecuencias para la obra y el terreno. ¿Se extingue la licencia? Se podría argumentar que, dado que se trata de licencia "ob rem", ni la demolición ni la expropiación o venta forzosa llevan aparejada la extinción de la licencia; de esta forma, por ejemplo, el futuro beneficiario de la venta forzosa no necesitaría solicitar nueva licencia. En mi opinión, en cambio, si nos encontramos ante verdaderas condiciones potestativas resolutorias hay que afirmar que su incumplimiento lleva consigo la declaración de caducidad de la licencia⁴⁵. Esta declaración se puede entender implícita

concreto, se exige (siguiendo a LOPEZ PELLICER, Ob.cit., pp.89-90) un "desajuste significativo" o "grave e irremediable" entre la licencia y lo que se construye y que se quebrante alguna norma urbanística (Este segundo criterio, en SSTs: 17 abril 1978, Az.1606; 24 marzo 1979, Az.2319). Aquí se cruzan en realidad dos criterios, el de la importancia del incumplimiento y el de la válida imposición de la cláusula. En mi opinión estos dos criterios han de ser tenidos en cuenta para modular la consecuencia jurídica del incumplimiento, pero la cuestión central es qué tipo de "condicionamiento" se ha incumplido. Y así resulta, por ejemplo, que un "desajuste", aún "significativo" de una cláusula modal no lleva a la demolición.

⁴⁵ Así resulta de completar la regulación del art. 248.2 LS con el art. 16.1 RSCL, según el cual la licencia queda sin efecto (caducidad) con el incumplimiento de las condiciones. La demolición no sería mas que la consecuencia jurídico-material de la extinción de la licencia (LOPEZ PELLICER, Ob.cit., p.88; STS 30 junio 1975, Az.3719; STS 26 octubre 1978, Az.3958).

en el acuerdo de demolición o en la decisión expropiatoria⁴⁶. Y decir que la licencia ha caducado es relevante para la expropiación, pues el justiprecio se fijará en relación con el "derecho al aprovechamiento urbanístico" (art.53 LS) y no referido al "derecho a edificar" (art.55 LS).

b) Obras terminadas.

Aquí hay que distinguir entre el incumplimiento de una condición potestativa resolutoria o un modo.

aa) Incumplimiento de condición resolutoria.

Hay que partir de la consideración de que una edificación construida incumpliendo una condición potestativa de la licencia (cláusula esencial) es una obra incompatible con el planeamiento. En ello se diferencia del modo, cuyo incumplimiento no determina sin más incompatibilidad con el planeamiento. En esta situación, se dan las siguientes consecuencias jurídicas:

1. Según el art. 249 LS la Administración puede requerir al particular, en el plazo de cuatro años (a partir de extinguidos los plazos finales de la licencia de edificación: argumento, art.38.2 LS), para que cumpla las condiciones de la licencia. La legalización es entonces

⁴⁶ En estos casos hay declaración de caducidad, aunque implícita en otros actos, lo que tradicionalmente ha aceptado la jurisprudencia (STS 19 octubre 1989, Az.7413). Por tanto, la caducidad no actúa "ipso iure". Ello es importante para resaltar que mientras no exista declaración de caducidad (expresa o implícita), el propietario sigue patrimonializando facultades urbanísticas (MERELO, Ob.cit., p.66)

preferente frente a la extinción de la licencia⁴⁷. Si el particular incumple este requerimiento se puede considerar que la licencia ha caducado, aunque no lo diga expresamente la Ley. La regla es entonces la demolición de lo construido (cfr.art.38.1 LS), por no estar amparado por licencia de edificación⁴⁸. Ello con la salvedad del punto siguiente.

2. También, según el art.249 LS: "Desatendido el requerimiento, se dispondrá la expropiación o sujeción al régimen de venta forzosa del terreno correspondiente y las obras realizadas...que puedan mantenerse, deduciéndose del justiprecio los costes de las demoliciones precisas". Y dado que estamos ante una edificación amparada en licencia caducada (esto es, edificación sin licencia), el justiprecio de la expropiación debería ser referido, de acuerdo con el art.38 LS, al grado de adquisición de facultades urbanísticas en aquél momento, con el límite máximo del 50 por 100 del aprovechamiento urbanístico patrimonializable.

bb) Incumplimiento de modo.

En este caso, se parte de la idea de que se han incumplido cláusulas de la licencia, pero la edificación es compatible con el planeamiento. En tal supuesto no se puede considerar que la edificación se ha realizado al amparo de

⁴⁷ GONZALEZ PEREZ, Nuevo régimen...cit., p.446; STS 28 abril 1980 (Az.2660); STS 14 diciembre 1989 (Az.9124)

⁴⁸ Una regulación similar se encuentra en el art. 82 BayBO: "Baubeseitigung". Ahora bien, SIMON (Ob.cit., Cap.74, párr.48d) explica estas medidas de disciplina como "discrecionales". En mi opinión, sólo se puede hablar de discrecionalidad ante el incumplimiento de un modo, pero cuando lo incumplido es una condición la decisión de la ley es la demolición (por caducidad de la licencia), lo que sólo se puede eludir por exigencia de principios constitucionales (proporcionalidad, seguridad jurídica: vid supra Cap.4 VI D).).

una licencia caducada. No debe ser de aplicación el art. 248 LS, y por tanto tampoco tiene lugar la expropiación o venta forzosa. La consecuencia jurídica normal será, tras requerimiento, la ejecución forzosa del modo. Esta medida, a mi juicio, es compatible con la legalización que permite el art. 39 LS. Pues la legalización evita la aplicación del régimen de demolición y expropiación, pero no la ejecución forzosa de las obligaciones modales del titular de la licencia⁴⁹.

IV. Reserva de revocación.

El art.136.1 LS permite el otorgamiento de licencias provisionales, cuando no dificulten la futura ejecución del planeamiento. Es una expresión del principio de proporcionalidad: que el ritmo de la ejecución del planeamiento no impida usos provisionales⁵⁰. Las construcciones deberán demolerse cuando lo acuerde el

⁴⁹ Aunque en la jurisprudencia no se identifican expresamente los modos, éstos están implícitos en algunas declaraciones de los Tribunales. Así, STS 24 marzo 1975 (Az.2319): "No cualquier quebrantamiento de aquellas condiciones, por irrelevante que para los intereses públicos resulte su efecto, determinan sin más la demolición de lo edificado en discordancia excluyendo toda viabilidad a la legalización"

⁵⁰ STS 20 enero 1990 (Az. 551). En realidad la jurisprudencia ha superado los límites conceptuales del principio de proporcionalidad al llegar a afirmar que la licencia provisional también es reglada (pese al verbo "podrán" del art. 136.1 LS, y antes del art. 58.2 LS 1976), aunque con matizaciones: "sin perjuicio del margen de apreciación que a la Administración queda en razón del halo de dificultad de los conceptos jurídicos indeterminados..."(STS 3 diciembre 1991, Az.9389); "...atenuación de lo estrictamente reglado...con facultades que se acercan a las discrecionales" (STS 24 enero 1990, Az.352)

Ayuntamiento, sin derecho a indemnización⁵¹. Se trata de licencias "provisionales" para construcciones "provisionales"⁵². No cabe el otorgamiento de licencias revocables para construcciones duraderas. Dado que nuestro derecho de policía local es contrario a la imposición de términos en licencias de obras (art.15.1 RSCL), la única forma de limitar la vigencia de la licencia es mediante reserva de revocación⁵³

⁵¹ Aunque el ejercicio de la reserva de revocación no es libre, sino limitado por los principios de buena fé y equidad y a que sea inminente la ejecución del plan (STS 14 abril 1992, Az.3428)

⁵² Por ello, la licencia puede contener una cláusula que obligue a la utilización de materiales fácilmente demolibles o desmontables (STS 8 mayo 1955, Az.2901). La STS 17 junio 1985, Az.4130 (Central Nuclear de Lemóniz) ha distinguido entre "licencia provisional" y "licencia sobre usos y obras de carácter provisional", afirmando que lo que se da en el caso del art. 58.2 LS 1976 (hoy, art.136.1 LS 1992) es "provisionalidad del objeto que no priva a la licencia de su carácter definitivo..." En mi opinión, la licencia es definitiva si con esto se quiere decir que no es un acto de trámite, pero más allá la licencia es provisional (aunque reglada), en tanto que la Administración puede revocar en cualquier momento, y sin indemnización.

⁵³ Otra regulación se encuentra en el art. 74.5 BayBO: "Las construcciones que sólo pueden o deben ser erigidas para un período determinado de tiempo pueden ser dictadas con reserva de revocación o con término...". Bajo esta disposición se comprenden los siguientes supuestos (siguiendo a SIMON, Ob.cit.,art.74, Párr.49a) : a) Construcciones que normalmente tienen "per se" un tiempo limitado: instalaciones para exposiciones, vallas publicitarias, instalaciones temporales, instalaciones para obras; b) Construcciones que sólo se pueden admitir temporalmente: construcciones sobre fundo ajeno en virtud de derecho temporal; construcciones hasta la ejecución de un plan, según permite el art.14 BauGB. En los expedientes de licencias sometidas a revocación que puede estudiar en el "Landratsamt" de Erlangen (Alemania) todas las reservas estaban referidas a circunstancias concretas (tales como necesidades del tráfico rodado,etc), rara vez se incluye una reserva de revocación en abstracto.

V. Dispensas urbanísticas.

La LS prevé supuestos en que el particular puede edificar aun sin estar su proyecto de acuerdo con las normas urbanísticas. Así, en suelo no urbanizable el art. 16.3 LS permite construcciones dedicadas a explotaciones agrícolas (párrafo 1.) y a edificaciones e instalaciones de utilidad pública o interés social (párrafo 2.). No se trata aquí de cláusulas de dispensa en una licencia de edificación (reglada), sino de un acto administrativo autorizatorio distinto y previo a la licencia (cfr.art.16.3 "in fine")⁵⁴. No se puede afirmar la existencia de un derecho a la autorización dispensatoria. Se trata de una autorización discrecional ("podrá autorizarse" rezan los párrafos 1 y 2 del art. 16.3 LS). Por eso, la Administración puede incluir otras cláusulas accesorias inadmisibles en la licencia de edificación.

⁵⁴ Esta regulación es distinta de la del Derecho urbanístico alemán, que sí permite la dispensa urbanística en sentido estricto (licencia contra plan). Ello se articula a través de una licencia con una condición resolutoria (SIMON, Ob.cit., párr.74, párr.48a), que limita la dispensa a un uso determinado (por ejemplo: licencia para construcción de balneario, en suelo no urbanizable -"Außenbereich"-)

CAPITULO 18: LA SUBVENCION.

I. Acto de subvención y cláusulas accesorias.

El acto de subvención se puede formular como resolución administrativa, como contrato administrativo o como contrato privado¹. La doctrina española se decanta por la calificación de la subvención como acto administrativo, acto unilateral necesitado de aceptación². La jurisprudencia, en cambio, no aparece definida³. La doctrina alemana se inclina mayoritariamente por el carácter resolutivo de la subvención, si bien no es doctrina unánime⁴. La calificación jurídica de la subvención es trascendental para determinar la admisibilidad de las cláusulas accesorias, pues en la

¹ MAURER, Allgemeines...cit., Cap.17, párr.20

² VILLAR, Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político, RAP 14 (1954), p.69; GALLEGU ANABITARTE, La acción...cit., véase en especial, pp. 206 y 240; DIAZ LEMA, Ob.cit., pp. 161-163; FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., pp.71 y ss, y 415; . En contra, calificando la subvención como contrato de donación propio del Derecho administrativo, NIEVES, Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención, RAP 42 (1963), p.29.

³ Califica la subvención como acto administrativo: STS 27 mayo 1977 (Az.3229); como contrato: STS 30 octubre 1992 (Az.254)

⁴ Vid. el estado de la cuestión en: BLECKMANN, Ob.cit., pp.93-115, y MAURER, Allgemeines...cit., Cap.17, párr. 20. En favor del carácter resolutivo, la obra ya clásica de ZULEEG, Die Rechtsform der Subvention, Berlin, 1965, p.61 (este criterio se recoge en la jurisprudencia: BVerwGE, DVBl 69,665,666). La resolución como contrato administrativo en HENKE, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, Tübingen, 1979, pp.20 y 21; la tercera posibilidad, subvención como contrato privado, en GÖTZ, Recht der Wirtschaftssubventionen, Berlin, 1966, pp. 56 y ss.

subvención contractual se pueden pactar las cláusulas que las partes tengan por convenientes, mientras que en la subvención resolutive siempre hay vinculación a la norma (más o menos estrecha, dependiendo del alcance que se de a la reserva de ley)⁵.

La calificación jurídica del acto de subvención se ha complicado con la formulación y recepción en España de la "teoría de los dos niveles" (Zweistufenlehre). Según esta doctrina⁶, la subvención se articula en dos fases: a) Resolución administrativa de calificación de beneficios (acto administrativo que concede al particular un acceso preferente al crédito oficial); y b) Contrato privado de préstamo entre una Banco de Crédito Oficial y el particular beneficiario de la subvención. Este desdoblamiento en el régimen jurídico de la subvención encuentra hoy una fuerte crítica; fundamentalmente porque el desdoblamiento de una sola relación social en dos relaciones jurídicas (la resolutive y la contractual) es siempre imperfecto: ni el contenido ni los efectos jurídicos de ambas relaciones se encuentran verdaderamente separados⁷. Se aboga así por la unidad jurídica de la relación de subvención, si bien no existe unanimidad en cuanto a qué acto ha de ser el resultante (acto administrativo, contrato administrativo, contrato privado).

⁵ MENDER, Probleme der Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen-Mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag?, en "Festschrift für W.Ernst", 1980, pp.309 y ss.

⁶ Cfr.GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., pp.197 y 199

⁷ MAURER, Allgemeines...cit., Cap.17, párrafos 14 a 19. Piénsese por ejemplo en el caso de que el subvencionado incumpla al mismo tiempo una cláusula (condicional o modal) del acto de calificación de beneficios y del contrato de préstamo. Entonces procede la revocación del acto de subvención, que vincula a una rescisión del contrato de préstamo por parte de la Entidad Oficial de Crédito (Cfr.DÍAZ LEMA, Ob.cit., p.262). En ello se manifiesta, en mi opinión, lo artificioso del desdoblamiento de la subvención en dos actos jurídicos, resolutive y contractual.

La subvención, aún siendo acto unilateral, necesita aceptación del subvencionado. Este es el sentido de la firma del "acta del concierto" en la acción concertada⁸. Esta aceptación se ha calificado como requisito de validez para el otorgamiento de la subvención⁹, lo cual no significa contractualización. Pero también como cláusula accesorio, como condición suspensiva¹⁰: la subvención es válida desde su otorgamiento unilateral por la Administración, si bien su eficacia (tanto favorable, cobro de asignaciones, como de gravamen, vinculación al fin y obligaciones de la subvención) queda suspendida hasta la aceptación del acto de subvención¹¹.

La subvención, considerada como acto unilateral, contiene no sólo beneficios, sino también gravámenes: el fin de la subvención y otros gravámenes menores. No son contraprestaciones del subvencionado, pues éstas no se encuentran en relación sinalagmática con los beneficios¹². Son cláusulas accesorias de un acto unilateral: condiciones y modos¹³

⁸ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., 205

⁹ FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.415. En el esquema de la subvención de este autor, el subvencionado manifiesta su voluntad acorde con la subvención de dos formas: 1.Colaborando a su formación (aceptación como requisito de validez) y 2.Cumpliendo la carga de la subvención (fin de la subvención).

¹⁰ SCHLEICH, Ob.cit., p.236

¹¹ La aceptación puede ser tácita, con el cobro de la primera asignación: SCHLEICH, Ob.cit., p.237

¹² JIMÉNEZ DE CISNEROS, Subvención...cit., p.64

¹³ VILLAR, Las técnicas...cit., p.70; GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., pp.201-205. En contra, FERNANDEZ FARRERES, que no identifica cláusulas accesorias en el acto de subvención porque, dice, no hay aposición voluntaria de la cláusula, sino que la afectación de la subvención a un fin es una decisión normativa (pp.258-259 y 266). Pero este autor está manejando un concepto de cláusula accesorio propio del Derecho civil (por tanto,

II. Admisibilidad de cláusulas accesorias en la subvención.

La subvención puede ser tanto acto discrecional (nunca arbitraria) como reglada¹⁴. El binomio discrecional-reglado se refiere a dos aspectos: a) Obligatoriedad o no de otorgamiento de la subvención, si se cumplen determinados requisitos; b) Obligatoriedad de otorgar la subvención con un determinado contenido (clausulado) decidido por la norma e indisponible por la Administración.

A) Subvenciones regladas.

En las subvenciones regladas se pueden aceptar cláusulas accesorias en los siguientes casos (vid. criterios generales supra Cap.10 II B.):

a) Para hacer posible el otorgamiento de la subvención, cuando el solicitante no reúne todos los requisitos necesarios. Es un derivado del principio de proporcionalidad.¹⁵

b) Cláusulas accesorias impuestas por la ley, pero con

manifestación de la autonomía de la voluntad) que efectivamente no tiene cabida en el acto administrativo. Sí se puede admitir la cláusula accesoria en el acto de subvención cuando se depura aquel concepto de todo elemento volitivo y se afirma que en Derecho administrativo norma jurídica y cláusula accesoria no son conceptos opuestos, sino perfectamente compatibles (vid. supra Cap.2 III y V). La concreción, en cada acto de subvención, de los fines abstractos fijados en la norma es un caso de cláusula accesoria.

¹⁴ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., pp.366-367; FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., pp.626 y 631

¹⁵ Este argumento, esgrimido en relación con las subvenciones discrecionales, en: BLECKMANN, Ob.cit., p.102.

conceptos normativos indeterminados.

c) Cláusulas accesorias discrecionales, siempre que la ley autorice a la Administración a su imposición.

Fuera de estos supuestos hay que plantearse si son posibles cláusulas accesorias no previstas o autorizadas por la ley. Para ello hay que tener en cuenta que el posible derecho a una subvención reglada proviene de la ley, no es un derecho fundamental. Con ello se quiere resaltar que en nuestro sistema constitucional no existe reserva de ley para el otorgamiento de subvenciones (cfr.art.53.1 CE). La Administración tan sólo debe respetar el principio de primacía de la Ley¹⁶. De esta forma, el posible derecho al otorgamiento de subvención, que deriva de la Ley, no debe estar tan protegido como un derecho fundamental, que precede a la Ley. El principio de legalidad no tiene aquí un carácter absoluto, sino que debe ser aplicado en consonancia con otros principios constitucionales (vid. supra Cap.10 II C) c).). De esta forma, se puede sostener la admisibilidad de las siguientes cláusulas en la subvención:

1) Para asegurar el mantenimiento de los requisitos que se daban en el momento del otorgamiento.¹⁷

2) Para asegurar el cumplimiento del fin de la subvención¹⁸.

3) Para compatibilizar el derecho a la subvención con los principios, valores o derechos constitucionales. Así, para la promoción del Estado social, la protección del medio ambiente etc. (vid supra Cap.10 II C).).

¹⁶ Si bien, como ha demostrado DIAZ LEMA (Ob.cit., p.76), en nuestro Derecho son excepcionales los casos en que la subvención no se basa en una norma de rango legal.

¹⁷ BLECKMANN, Ob.cit., p.100

¹⁸ BLECKMANN, Ob.cit., pp.100 y 104

En estos casos las cláusulas accesorias, aunque posibles, han de considerarse restrictivamente. Y nunca pueden tomar forma de condición o reserva de revocación. Generalmente serán modos.

B) Subvenciones discrecionales

En las subvenciones discrecionales¹⁹ el principio general es la facultad de la Administración de imponer cláusulas accesorias²⁰. No es necesaria la previsión expresa en la norma²¹. Aunque esta precisión normativa es deseable para constreñir y orientar la discrecionalidad administrativa.

Según lo dicho, no es extensible al Derecho español la discusión doctrinal alemana sobre el principio de legalidad en relación con las cláusulas accesorias de las subvenciones. Las formulaciones doctrinales en este país son de dos tipos:

a) Hay autores que conciben en términos muy amplios la reserva de ley. Y en este sentido afirman que la Administración no puede imponer una cláusula accesoria que no esté prevista en la propia ley que regula la subvención²². Las cláusulas accesorias serían limitaciones respecto de lo que otorga la subvención, y por ello afectarían a la situación patrimonial del subvencionado. En consecuencia, su

¹⁹ Por ejemplo: OM 12 agosto 1992: "...podrán ser objeto de subvención..."

²⁰ En relación con el modo: DIAZ LEMA, Ob.cit., pp.174 y 179-180

²¹ Como por ejemplo, en OM 12 agosto 1992: "La resolución de otorgamiento podrá establecer condiciones técnicas y/o económicas de observancia obligatoria para la realización del proyecto o actuación subvencionable"

²² En nuestra doctrina, el mismo resultado se puede encontrar en FERNANDEZ FARRERES, (La subvención...cit., p.266, nota 261), si bien ya ha quedado dicho que este autor rechaza la teoría de las cláusulas accesorias para el acto subvencional.

imposición necesitaría autorización de la ley²³. Pues la cláusula accesoria ya no sería Administración de prestación, sino intervención. El rigor de esta doctrina se flexibiliza argumentando que el principio de reserva de ley puede ceder ante otros principios constitucionales. Así por ejemplo, frente al principio de proporcionalidad (la denegación de una subvención -facultad discrecional- es desproporcionada cuando resulta posible y es adecuado al interés público el otorgamiento condicionado)²⁴, o el principio de Estado social.

b) Otros autores, en cambio, no se fijan en el significado restrictivo de las cláusulas accesorias, sino en el hecho de que la subvención con cláusulas accesorias sigue siendo un acto favorable. No afecta a la propiedad del particular. Por ello no es necesaria autorización de la ley: "Saldotheorie"²⁵. Los límites a la imposición de cláusulas accesorias derivan entonces de cada norma de subvenciones y de la Constitución.

Ya he dicho arriba, siguiendo a DIAZ LEMA, que en Derecho español se pueden aceptar las cláusulas accesorias no previstas en la norma. Pero no todo el contenido de la subvención discrecional es disponible por la Administración. Tiene los siguientes límites:

a) La subvención debe incluir "conditiones iuris"²⁶ y cláusulas de obligatoria imposición pero formuladas con conceptos normativos indeterminados.

b) La discrecionalidad administrativa para imponer cláusulas accesorias está constreñida por el fin normativo de

²³ BLECKMANN, Ob.cit., p.99

²⁴ BLECKMANN, Ob.cit., p.102

²⁵ ZULEEG, Ob.cit., p.74; SCHLEICH, Ob.cit. p.238

²⁶ Vid., como ejemplo: art.6.3 OM 18 mayo 1992; y art. 9 OM 19 agosto 1992

la subvención²⁷ (entendido de una forma laxa, que comprende el fin primario, el fin secundario e incluso el fin último de la subvención: vid. infra II B) c).), por los límites competenciales del órgano administrativo²⁸ y por el Ordenamiento constitucional²⁹.

III. Descripción y calificación del clausulado de la subvención.

A) Cláusulas "iuris" y cláusulas accesorias.

Las cláusulas "iuris" vienen impuestas por la norma, sin que quede margen de decisión o concreción a la Administración (vid. supra Cap.2 III A).)³⁰. Las cláusulas accesorias, en cambio, contienen decisión administrativa, bien en ejercicio de facultades discrecionales, bien concretando conceptos administrativos indeterminados. Según

²⁷ Por ello sólo son admisibles cláusulas accesorias relacionadas con la actividad subvencionada ("prohibición de acoplamiento: vid. supra Cap.10 V B).). Pero esta relación entre cláusula accesoria y actividad subvencionada no se debe entender de una forma tan estricta como hace ELSTER (Ob.cit., p.265), para quien sólo son admisibles las cláusulas que regulan directamente la utilización de los beneficios. Me parece más correcto exigir sólo "compatibilidad con la esencia del acto de subvención" (JIMENEZ DE CISNEROS, Subvención...cit., pp.38-39, nota 38)

²⁸ NIEVES, Ob.cit., p.38

²⁹ Según DIAZ LEMA (Ob.cit., p.179) el modo no puede afectar a principios o derechos fundamentales, para tal caso haría falta una autorización legal. En mi opinión se trata de una cuestión de medida. El modo no puede afectar desproporcionadamente a un derecho o principio constitucional, pues reconocido en la CE el principio de libre empresa (art 38) y el derecho de propiedad (art.33) es difícil pensar en un modo que en nada afecte a estos principios o derechos.

³⁰ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., p.204; JIMENEZ DE CISNEROS CID, Subvención...cit., p.49.

DIAZ LEMA, las "condiciones generales" o "cláusulas generales" de la subvención, "son una repetición pura y simple de las normas que rigen dicha concesión (de subvención)"; y frente a éstas están las "condiciones especiales" o "cláusulas particulares", que son "la aplicación al supuesto concreto de lo previsto en la norma"³¹. Las "condiciones generales" son cláusulas "iuris", mientras que las "condiciones especiales" son cláusulas accesorias. En nuestro Derecho, el art. 81.6 exige la aprobación de "bases reguladoras de la subvención" (Por Orden Ministerial y con publicación en el BOE). Estas "bases reguladoras" son normas jurídicas³². Esto supone que lo más normal será que el acto administrativo de subvención simplemente se remita a través de las "cláusulas iuris" a las "bases reguladoras", sin contenido propiamente accesorio³³.

³¹ DIAZ LEMA, Ob.cit., pp.178-179

³² Esta calificación está en GALLEGO ANABITARTE (La acción...cit., pp.195-196) en relación con las "bases del concierto" aprobadas al amparo de la Ley del III Plan de Desarrollo. La calificación, en general, de las disposiciones administrativas internas como normas jurídicas, en GALLEGO ANABITARTE, Ley y Reglamento...cit., pp. 59 y 60

³³ DIAZ LEMA, Ob.cit., p.179.

En Derecho alemán se observa una tendencia a considerar que los pliegos de condiciones generales son disposiciones administrativas internas (sin naturaleza normativa: BVerwGE 26,338,396). Y por tanto las cláusulas de la subvención son accesorias, no "iuris". Ello se puede explicar por una inercia teórica que tiene su origen en la formación histórica del principio de legalidad en ese país. La formulación de un concepto "material" de ley dejó fuera de lo jurídico a todas aquellas disposiciones administrativas que carecían de aquella "materialidad" (que no afectaban a la propiedad o libertad del individuo); esas otras disposiciones eran normas, pero no jurídicas (Vid. GALLEGO ANABITARTE, Ley y Reglamento...cit., pp.144 y 280). Pese a lo expuesto, no conviene llevar esta inercia histórica al extremo. Pues también se observa en Alemania que la regulación de la devolución de la subvención por incumplimiento de su fin se ha configurado sucesivamente como cláusula accesoria (Rückforderungsbestimmung), como cláusula recogida en el pliego de condiciones generales para las subvenciones (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen:

B) Tipología de cláusulas accesorias.

El acto de subvención puede contener cláusulas accesorias que delimitan su contenido favorable. Este es el caso del término final de la subvención. Pero las cláusulas accesorias más interesantes son las que imponen un gravamen al subvencionado. A ellas se dedican las siguientes líneas.

a) ¿Cargas de la subvención?

FERNANDEZ FARRERES califica a todos los gravámenes de la subvención como "cargas"³⁴. Este concepto pretende evitar tanto la calificación de deber como la de obligación (este último término es el que utiliza el art. 81.4 LGP). La "carga" se caracterizaría por:

- Tiende a la satisfacción del interés del propio sujeto que la soporta³⁵.

- La Administración no puede exigir el cumplimiento de la "carga", ésta no es susceptible de ejecución forzosa³⁶. La "carga" exige del particular un determinado comportamiento para hacerle merecedor de ciertos beneficios; la falta de ese

Anlage zur Vorl. Verwaltungsvorschrift VV-Nr.5.1. zu den paragraphen 44, 44 a BHO -MinBlf 1981, 411 ff.-), como artículo 44a de la Ley Presupuestaria Federal (BHO) y según mis últimos datos hay un proyecto de incorporar la misma regulación en la codificación administrativa general, como art. 49a VwVfG. Además, la jurisprudencia alemana ha aceptado que algunas disposiciones administrativas tienen también carácter de "concreción normativa": BVerwGE 70,300,302 (disposiciones administrativas sobre instalaciones nucleares): vid. DEGENHART, Staatsrecht..., cit., párr.271

³⁴ La subvención..., cit., p. 420 y "De nuevo...", cit., pp. 44-47

³⁵ GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II, cit., p.29; FERNANDEZ FARRERES, La subvención..., cit., p.421

³⁶ FERNANDEZ FARRERES, La subvención..., cit., p.420

comportamiento no es incumplimiento de una obligación, sino no obtención de un beneficio. Aplicado a la subvención, el incumplimiento de los gravámenes ("cargas") que ésta contiene significa que nunca se hace exigible la obligación de pago de la subvención; y en el caso de que las cantidades ya se hubieran entregado, surgiría una obligación de devolución, con intereses de demora³⁷. Pues la subvención era un acto válido (con la aceptación del beneficiario), pero su "eficacia y consumación" quedaba pendiente del levantamiento de las "cargas"³⁸.

A esta teoría de las "cargas" de la subvención se pueden formular las siguientes objeciones:

1) La carga es una figura de origen procesal³⁹. Su sentido es hacer depender la tutela judicial de los Tribunales del ejercicio de una acción en tiempo y forma. Su extrapolación al Derecho administrativo material no debe exceder el ámbito del procedimiento administrativo: carga es la necesidad de presentar una solicitud para obtener el reconocimiento de un derecho (principio de rogación)⁴⁰.

2) En Derecho civil la carga no es un concepto propio, sino más bien una descripción, que puede cubrir conceptos distintos (modo, condición)⁴¹. En Derecho civil alemán SAVIGNY utiliza indistintamente los términos "modus" y

³⁷ Este pago de la subvención, realizado sin haberse levantado las cargas constituiría un "pago a justificar" del art. 79 LGP

³⁸ FERNANDEZ FARRERES, La subvención..., cit., p.422

³⁹ GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso..II, cit., p.29

⁴⁰ Los ejemplos de carga que aportan GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II, cit., pp. 29-30 están referidos al ámbito procedimental (inscripción en registros, denuncia de mora, etc)

⁴¹ "El modo es una carga o gravamen que se impone al beneficiario de una liberalidad...": DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema..., IV, cit., p.493. En cualquier caso, si se intenta buscar un significado propio para la carga llegamos a la figura del modo (Vid. art. 797.1 Cc., donde se utiliza el término carga en el sentido de modo, contraponiéndola a la condición).

"Auflage" (carga), según utilice el término latino o el germánico; esta indistinción conceptual y terminológica se recibe también en el Derecho administrativo: para Otto MAYER la carga (Auflage) es el "modus"⁴².

3) El verdadero fin de la "carga" no sería el interés del beneficiado, sino el interés público que ha de existir en toda subvención.

4) La no exigibilidad del cumplimiento de un gravamen no es una nota peculiar y característica de la "carga". Tampoco el cumplimiento de una condición potestativa puede ser exigido por la Administración.

5) La calificación de todo gravamen de la subvención como "carga" impide la identificación de cláusulas más o menos importantes dentro de la subvención. Tanto la jurisprudencia como el Derecho positivo niegan esta indistinción de importancia dentro del clausulado de la subvención⁴³.

6) La unificación de todas la cláusulas de gravamen bajo el concepto de "carga" supone también uniformidad en las consecuencias de su incumplimiento: ineficacia de la subvención, sin más graduaciones.

7) El afectar a la eficacia de un acto es una consecuencia típica de otra categoría, la condición⁴⁴.

8) A la "carga" se le otorga eficacia suspensiva sobre la exigibilidad de la subvención. Pero al mismo tiempo se admite la posibilidad de que la subvención se pague con anterioridad al levantamiento de la carga, para ello se utiliza la figura del "pago a justificar" (art.79 LGP)⁴⁵. Parece entonces que el pago anticipado de la subvención, que propiamente no sería exigible hasta el levantamiento de la carga, es un acto graciable de la Administración. Pienso que desde la introducción del art. 80.9 LGP ya no se puede hablar

⁴² Otto MAYER, Deutsches...I, cit., p.248

⁴³ DIAZ LEMA, Ob.cit., pp.162-163

⁴⁴ FERNANDEZ FARRERES pone el acento en la distinción de la "carga" respecto del modo (De nuevo...cit., pp.46 y ss). Pero con ello lo que se produce es un acercamiento, e incluso indistinción, entre carga y condición potestativa.

⁴⁵ En Derecho alemán, STÖBER (Ob.cit., p.270) admite que el pago actual de la subvención es compatible con su estado de pendencia, hasta que se cumpla el fin para el que se otorgó. Pero esta pendencia es consecuencia de una condición suspensiva.

de "pago a justificar", sino de pago que ha de ser devuelto en caso de incumplimiento. En efecto, el precepto citado dispone: "Procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de subvención...en los siguientes casos: c) Incumplimiento de la finalidad para la que la subvención fue concedida; d) Incumplimiento de las condiciones impuestas a las Entidades colaboradoras y beneficiarios con motivo de la concesión de la subvención".

b) Condición.

Se ha criticado arriba el concepto de carga para calificar unitariamente los gravámenes de la subvención. Pues hay gravámenes esenciales y gravámenes secundarios. DIAZ LEMA distingue entre un fin primario y un fin secundario de la subvención. El fin primario de cada subvención es el objetivo de interés público que corresponde cumplir a cada subvencionado en concreto. El fin secundario es el objetivo económico general que la Administración quiere alcanzar mediante un plan de subvenciones; y añade DIAZ LEMA: "En ocasiones, la integración del fin primario en el secundario es una operación sencilla, una participación en el cumplimiento del plan"⁴⁶. Pues bien, el cumplimiento del fin primario de la subvención se asegura mediante un gravamen condicional, mediante condición potestativa⁴⁷. La condición

⁴⁶ DIAZ LEMA, Ob.cit., 168 (Siguiendo a HENKE, Ob.cit., p.72); en términos similares: BLECKMANN, Ob.cit., p.109

⁴⁷ FERNANDEZ FARRERES (De nuevo..., cit., pp.45-46) critica la distinción entre fin primario y fin secundario de la subvención y su consecuencia, la distinción entre condiciones y modos. El autor considera irrelevante el fin secundario (por lo menos, para la relación de subvención) y reafirma el carácter uniforme del clausulado y su vinculación igualitaria con el objeto primario de la subvención: "En suma, es de todo punto evidente que, a los efectos que ahora nos interesan, sólo el fin inmediato o primario resulta ser relevante o significativo...En realidad, esas exigencias forman un todo inescindible del objeto primario a que atiende la subvención...". NIEVES (para quien la subvención es contrato de donación) tampoco admite que el fin de la subvención

será preferentemente resolutoria, pues la condición suspensiva es técnicamente inadecuada para la subvención: la condición suspensiva no crea un verdadero estado de pendencia, pues el subvencionado debe servirse del monto de la subvención desde el momento de su pago⁴⁸. En todo caso, la condición potestativa es una cláusula de concreción: determina para cada subvencionado cuál es el objetivo público que a él corresponde cumplir⁴⁹. La nota de esencialidad de la condición lleva también a su identificación restrictiva. Sólo el gravamen directamente fijado para el cumplimiento del fin primario de la subvención es una condición potestativa⁵⁰; lo demás son cláusulas modales⁵¹. Aplicando esta distinción a los términos del art. 81.9 LGP tendríamos que es condición potestativa " c) La finalidad para la que la subvención fue

sea condición, sino que se trataría de un modo. Según este autor, "la subvención se otorga en principio para el cumplimiento de una finalidad determinada y no si se cumple una finalidad" (Ob.cit., p.30). Esta calificación del fin como modo es perfectamente congruente con el concepto de subvención que sustenta el propio NIEVES: donación de Derecho público. Y es que si la subvención es donación, la causa de ésta no puede ser más que la liberalidad; el fin queda entonces necesariamente relegado a la categoría de modo. Ya digo que NIEVES es perfectamente congruente en sus planteamientos. La crítica reside entonces en que en Derecho administrativo no existe nada parecido a la donación; no hay liberalidad, sino interés público (Vid. la crítica al subvención como donación modal en GALLEGO ANABITARTE La acción...cit., pp.234-235).

⁴⁸ SCHIMMELPFENNIG, Ob.cit., p.118

⁴⁹ Por ejemplo: siembra de 55 hectáreas de maíz y sorgo en fincas propias (STS 27 mayo 1977, Az.3229); creación y mantenimiento de 12 puestos de trabajo antes del 31-3-1986 (STS 4 febrero 1992, Az.884)

⁵⁰ Es el "motivo" de la subvención, según STS 4 febrero 1992 (Az.884)

⁵¹ El criterio interpretativo favorable al modo, en DIAZ LEMA, Ob.cit., p.165 (con el argumento de que el modo es más favorable al particular que la condición), y en SCHLEICH, Ob.cit., p.236 (afirmando que la condición es perjudicial para los intereses administrativos, por su carácter resolutivo automático, que impide una ponderación por parte de la Administración)

concedida"; en cambio, serían modos " d)...condiciones con motivo de la concesión de la subvención". En la jurisprudencia está presente la identificación de un "fin primario" de la subvención. No se llega en cambio a la identificación entre fin primario y condición potestativa. La jurisprudencia no deja resuelto si aquel fin primario de la subvención es condición o modo. Reza la STS 27 mayo 1977 (Az.3229)⁵²:

"(La subvención es) un acto administrativo necesitado de aceptación, cuya causa adquiere su verdadera relevancia en su estimación finalista, lo que incide en la supeditación de la viabilidad del acto al cumplimiento del objetivo determinante de la prestación dineraria derivada del mismo...carácter de acto modal del que nos ocupa, y la actuación del "modus" en función del fin específico asignado a la entrega de la cantidad dineraria...naturaleza de causa final y no como mera causa impulsiva; incumplimiento modal que permite actuar analógicamente como si de una condición resolutoria se tratase..."

c) Modo.

Más allá de la condición potestativa, la subvención contiene otros gravámenes. Son modos⁵³. Si la condición potestativa servía para el cumplimiento del fin primario de

⁵² Vid. comentario y precisiones conceptuales en relación con esta STS en GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., pp.259-260. En SSTs 9 junio 1988 (Az.5324) y 3 noviembre 1992 (Az.8989) se califica el fin de la subvención como modo.

⁵³ FERNANDEZ FARRERES (La subvención...cit., p.264) no admite el modo en la subvención, pues, según este autor, el modo sólo se puede dar en un negocio jurídico gratuito (como la donación), y este no es el caso de la subvención. Pienso que el autor llega a este resultado porque aplica un concepto de modo iusprivatista a un acto jurídico público; pero el modo, en derecho público, es propio de los actos favorables, no de los negocios gratuitos, que por definición no existen en este sector del Ordenamiento.

la subvención, los modos sirven a otros fines, a saber:

aa) Fin secundario de la subvención, esto es, el plan de objetivos económicos a cuyo servicio se pone la acción de fomento⁵⁴.

bb) Fin último de la subvención, más allá incluso del fin secundario. Por ejemplo, la consecución de un Estado social⁵⁵ (art. 1.1 CE): "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" (art.9.2 CE).

cc) El modo puede también servir al fin primario de la subvención, que da contenido a una condición potestativa, cuando el cumplimiento cabal de ese fin primario exige otros comportamientos adicionales del subvencionado⁵⁶

dd) Otros fines públicos distintos a los perseguidos primaria, secundaria o en última instancia por la subvención (Nebenzwecke). Se puede admitir, con BLECKMANN, que estos fines públicos no formen parte del ámbito competencial del mismo cargo, órgano, u organización jurídico-pública⁵⁷. Pero entonces, siguiendo el art. 4.1 b) LRJAP, los modos que así se incluyan no son ejercicio de competencia ajena, sino

⁵⁴ DIAZ LEMA, Ob.cit., p.168. En contra FERNANDEZ FARRERES, De nuevo..., cit., p.45.

⁵⁵ BLECKMANN, Ob.cit., p.104

⁵⁶ BLECKMANN, Ob.cit., p.104. En este supuesto se puede encuadrar un conocido caso de la jurisprudencia alemana: Un acto de subvención del precio del abono incluía un modo: que el beneficiario se ocupara de que el abono subvencionado desplegara sus efectos económicos positivos dentro de la RFA. El beneficiario incumple esta carga y la Administración exige el reintegro de la subvención. Según el BVerwG (DVBl 1969, p.665) la carga modal era admisible "porque sirve al cumplimiento del fin de la subvención"

⁵⁷ BLECKMANN, Ob.cit., pp.105-106

ponderación de otros intereses públicos en el ejercicio de competencias propias. En estos modos no se pueden plasmar criterios de oportunidad propios.

El carácter secundario del modo respecto de la condición potestativa de la subvención se ha llevado a sus últimas consecuencias. Según DIAZ LEMA, "(los modos) no son parte integrante de la relación jurídica, sino simples añadidos"⁵⁸. Me parece aquí acertada la crítica de FERNANDEZ FARRERES, que rechaza la existencia de gravámenes ("cargas", para el autor) ajenas a la relación subvencional⁵⁹. Creo más acertado afirmar, con KRÜGER, que "el modo no es -absolutamente-independiente (selbständig), sino -relativamente- autónomo (eigenständig)"⁶⁰.

IV. Consecuencias del incumplimiento de los gravámenes de la subvención.

A) Extinción de la subvención y devolución de los beneficios abonados.

La subvención se extingue no sólo por revocación de la Administración, también por incumplimiento de sus cláusulas⁶¹. Ahora bien, ¿Qué incumplimientos determinan la caducidad o revocación de la subvención?

⁵⁸ DIAZ LEMA, Ob.cit., p.168; también, BLECKMANN, Ob.cit., p.100

⁵⁹ FERNANDEZ FARRERES, De nuevo...cit., p.46

⁶⁰ KRÜGER, Ob.cit., p.450. Sobre el carácter no independiente del modo, vid. supra Cap.5 I C)

⁶¹ Dice así la STS 3 noviembre 1992 (Az.8989): "La Administración no necesita apelar en tal caso a sus facultades discrecionales para dejar sin efecto el primitivo acuerdo aprobatorio sobre la concesión de beneficios pues actúa en virtud del incumplimiento de las condiciones previstas con tales efectos en las cláusulas del concurso"

Si se califican todos los gravámenes de la subvención unitariamente como "cargas" resulta que todos producen los mismos efectos, para el caso de incumplimiento: inexigibilidad de la obligación económica de la Administración (subvención) o, en su caso, devolución de lo pagado con intereses de demora. El no levantamiento de las cargas por el subvencionado determinaría que no llegaría a nacer el derecho de crédito contra la Administración. Y si esta ya hubiera pagado la subvención se trataría de un simple "pago a justificar" del art. 79 LGP⁶². En este caso, la devolución de lo cobrado por el subvencionado no sería una facultad de la Administración, sino una obligación⁶³. La exigencia de devolución por la Administración no tendría carácter constitutivo, pues lo cobrado siempre habría sido una percepción indebida y por ello la Administración no podría disponer una devolución sólo parcial de la subvención⁶⁴. A continuación veremos como el régimen legal de las subvenciones permite dar una solución graduada, no unitaria, en atención al tipo de cláusula que se incumpla.

a) Regulación en normas especiales.

Como ya expuso GALLEGO ANABITARTE en relación con la acción concertada, no todo incumplimiento de las cláusulas accesorias de la subvención lleva a la extinción de ésta: el

⁶² FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.424

⁶³ FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.,426

⁶⁴ FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.,428. Ello no obstante, el mismo autor concede una ámbito de valoración a la Administración, por exigencia del principio de proporcionalidad, para determinar, según la gravedad del incumplimiento, en qué medida corresponde la obligación de devolución de lo percibido.

efecto extintivo es propio de la condición, no del modo⁶⁵. Es cierto que algunas normas de subvenciones disponen la caducidad de beneficios para el incumplimiento de cualquier "condición" de la subvención⁶⁶. Pero en otras muchas normas especiales de subvenciones se prevé una pluralidad de efectos para el caso de incumplimiento de gravámenes⁶⁷. Según la siguiente tipología:

aa) Mero apercibimiento de que se ha producido un incumplimiento⁶⁸

bb) El incumplimiento de las condiciones determinantes de la concesión de la subvención se sanciona con el vencimiento automático de ésta⁶⁹.

cc) El incumplimiento de las obligaciones del subvencionado facultan (pero no obligan) a la Administración a declarar extinguida la subvención y en su caso a exigir el reintegro de las subvenciones ya disfrutadas⁷⁰.

dd) El incumplimiento de las obligaciones (cláusulas, condiciones, etc) del subvencionado puede determinar la privación de los beneficios. Con varias modalidades: privación retroactiva o sólo a futuro, y total o parcial (reducción de auxilios), dependiendo de la gravedad del incumplimiento⁷¹.

⁶⁵ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., pp.204-205; el mismo resultado en DIAZ LEMA, Ob.cit., p.270

⁶⁶ Por ejemplo, Base 5. Apartado 6, RD.3361/1983, de 28 de diciembre; criterio ratificado en la jurisprudencia: STS 30 junio 1992 (Az.6089)

⁶⁷ DIAZ LEMA, Ob.cit., pp.162-163 y 267-268

⁶⁸ Art. 22 Decreto 8 de septiembre de 1964

⁶⁹ Art. 10 O.M. de 6 de diciembre de 1972 (acción concertada)

⁷⁰ Condición XIV Decreto 2909/1971, de 25 de noviembre. Vid. crítica de FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.426

⁷¹ Art. 22 D.2853/1964, de 8 de septiembre; art. 292.1.e) D.118/1973, de 12 de enero (Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). Cfr. también el análisis del Derecho positivo realizado por NIEVES, Ob.cit., pp.112-113.

ee) El incumplimiento de las cláusulas esenciales de la subvención determina la extinción (previa declaración de caducidad) de la subvención; el incumplimiento de cláusulas no esenciales tan sólo supone sanciones, y en casos muy graves o de reiterado incumplimiento lleva a la revocación⁷².

De estas normas se colige que no todas las cláusulas de la subvención producen los mismos efectos. Las consecuencias del incumplimiento pueden ir desde la extinción automática de la subvención (con o sin obligación de devolución) hasta el mero apercibimiento, pasando por la sanción pecuniaria.

b) Regulación del art. 81.9 LGP

El art. 81.9 LGP⁷³ no recoge un catálogo de consecuencias jurídicas graduadas en atención al tipo de cláusula de la subvención que se incumple. En este punto, la "mini-codificación" de las subvenciones y ayudas públicas (arts.81 y 82 LGP) no ha tenido en cuenta los criterios ya existentes en las normas especiales anteriores. El art. 81.9 LGP reconoce la existencia de distintas cláusulas en la subvención (finalidad de la subvención, frente a condiciones "con motivo de la subvención"). Pero para el incumplimiento de todas ellas dispone "el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora desde el momento del pago de la subvención...". Esta consecuencia jurídica es perfectamente acorde con el régimen de la condición resolutoria (devolución con efectos retroactivos, vid. supra Cap.4 VI E) b) bb).), pero inadecuada para el incumplimiento de una cláusula modal, pues lo propio de esta

⁷² Analizando las normas de la acción concertada: GALLEGO ANABITARTE, La acción...,cit., pp.203-204. Vid también JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Subvención...,cit., p.56 y DIAZ LEMA, Ob.cit., p.268.

⁷³ De aplicación supletoria, en defecto de normas especiales, según el art. 81.2 LGP

cláusula es su exigibilidad independiente, y sólo en casos extremos de incumplimiento puede dar lugar a la revocación⁷⁴ (vid. supra. Cap.5 II). No se distingue por tanto entre cláusulas esenciales y secundarias, entre condiciones potestativas y modos⁷⁵. Y junto a ello, no queda claro por qué se procede a la devolución: ¿Condiciones resolutorias con eficacia "ex tunc", cláusulas revocatorias, cláusulas modales, "cargas"?

Los problemas de interpretación del art. 81.9 LGP guardan estrecha relación con los que plantea en Derecho alemán el art. 44 a) BGH (Bundeshaushaltsgesetz: Ley Presupuestaria Federal alemana)⁷⁶. Con este precepto se

⁷⁴ GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., pp.203-204

⁷⁵ Sí existe esta distinción en algunas normas especiales posteriores. Así, OM de 30 de junio de 1992, que sólo prevé la revocación y reintegro de la ayuda pública para el caso de incumplimiento de la finalidad de la misma (no se mencionan otros incumplimientos)

⁷⁶ Artículo introducido por Ley de 14.7.1980. Según este precepto:

1.En el caso de que la subvención se emplee en contra del fin determinado en la resolución de subvención, o de que los modos añadidos a la subvención no resulten cumplidos, en su caso dentro de un plazo fijado al subvencionado, puede revocarse la resolución de subvención, total o parcialmente y con efectos a futuro o a pasado. Existe también un empleo de la subvención no acorde a su finalidad cuando las subvenciones ya no son empleadas para el fin previsto o cuando no se aplican a tal fin inmediatamente después de su pago.

2.En la medida en que la subvención sea revocada según el párrafo primero, o sea revisada (zurückgenommen) o revocada (widerrufen) con efectos para el pasado de acuerdo con otras disposiciones, o devenga ineficaz por el cumplimiento de una condición resolutoria, procede la devolución de la subvención. Para el caso de que el subvencionado no sea responsable de la circunstancias que han llevado a la revisión, revocación o ineficacia de la subvención se aplican a la devolución las normas del Código civil federal sobre restitución por enriquecimiento sin causa, a excepción del cómputo de los intereses. El subvencionado no puede alegar la desaparición del enriquecimiento siempre que conociera las causas que han dado lugar al derecho de devolución, o cuando no conociera estas causas como

pretendía solucionar un problema: la imposibilidad de exigir la devolución de una subvención cuando no se cumplía el fin para el que se había otorgado. Y ello porque el incumplimiento del fin de la subvención se calificaba como incumplimiento de una carga o modo (Auflage) de la subvención⁷⁷ (supuesto revocatorio del art.49.II 2 VwVfG), lo que según el art. 49 I VwVfG sólo puede producir efectos a futuro, "ex nunc", no sobre las subvenciones ya pagadas. Ahora el art. 44 a).1 distingue ciertamente entre fin de la subvención y modos a la misma, pero se igualan los efectos de su incumplimiento: facultad administrativa ("podrá...") para revocar, a pasado o a futuro, total o parcialmente. Con lo cual, si conforme al art. 49 VwVfG el incumplimiento de un modo sólo podía dar lugar a una revocación "ex nunc", ahora, conforme al art. 44 a), también puede determinar una revocación "ex tunc". Y junto a ello, el incumplimiento de las cláusulas de la subvención, sea el fin principal o modos, queda encuadrado como problema de revocación. En la doctrina se ha planteado la corrección técnica y oportunidad de este

consecuencia de negligencia grave.

3.El derecho a la devolución es exigible desde el mismo momento en que se origina y a partir de ese momento se aplica un interés de un 6% anual. Se puede prescindir de la exigencia de intereses cuando el subvencionado no sea responsable de las causas que han dado origen al derecho de devolución y proceda a la restitución en el plazo fijado por el órgano otorgante de la subvención. El Ministro federal de finanzas puede autorizar más excepciones mediante disposiciones administrativas internas para tipos concretos de subvenciones o mediante resolución en el caso concreto. Si la subvención no es aplicada a su fin inmediatamente tras su abono y no se produce la revocación, se pueden exigir los intereses hasta el momento de la aplicación de la subvención a su fin, según lo dispuesto al inicio de este párrafo.

⁷⁷ Esta tendencia a la calificación del fin de la subvención como modo se basa en los problemas que genera el automatismo de la condición en Derecho alemán (pérdida de eficacia "ipso iure"; vid. supra Cap.4 VI C) a).), lo que puede dar lugar a efectos indeseados por la Administración (SCHLEICH, Ob.cit. p.236)

precepto⁷⁸. En cualquier caso, la asimilación de fin y modo de la subvención en las consecuencias de su incumplimiento (posibilidad de revocación ex tunc) no hace sino abrir un problema de ejercicio de la discrecionalidad administrativa, esto es, cuándo y con qué efectos temporales se debe revocar, lo que en última instancia habrá de hacerse distinguiendo entre cláusulas más o menos importantes dentro de la subvención⁷⁹. Este problema se evitaría si la ley calificase el fin de la subvención como condición potestativa resolutoria y lo distinguiera así de una cláusula modal; en este caso sería la ley, y no el ejercicio de la discrecionalidad administrativa, quien determinaría la consecuencia jurídica del incumplimiento de una cláusula de la subvención.

El art. 44 a) BHG plantea dos problemas, en su regulación del incumplimiento de los gravámenes de la subvención: falta una distinción clara entre incumplimiento del fin e incumplimiento de modos de la subvención; y junto a ello, el efecto extintivo del incumplimiento se trata como "revocación ex tunc", figura atípica y atécnica. Tampoco el art. 81.9 LGP distingue claramente entre incumplimiento del fin y de las "obligaciones con motivo de la subvención". Y

⁷⁸ Según STÖBER (Ob.cit. pp.269-270) existían las siguientes posibilidades para llegar a la devolución de la subvención, sin necesidad de introducir una revocación con efectos retroactivos:

a) Mediante la aceptación por parte del subvencionado de una obligación de devolución para el caso de incumplimiento.

b) Interpretando que la limitación de la revocación a futuro que regula con carácter general el art. 49 VwVfG tiene por objeto proteger la confianza del particular en la subvención otorgada. Pero no merece protección quien no emplea la subvención en el fin prefijado.

c) La subvención contiene una condición potestativa, que se corresponde con el fin de la subvención. Se trata de una condición suspensiva, esto es, hasta que no se cumpla el fin de la subvención no se considera la subvención como definitivamente pagada. Esta es la solución que propugna el autor.

⁷⁹ STÖBER, Ob.cit., pp.277-278.

junto a ello, tampoco se precisa teóricamente porqué tiene lugar el reintegro de la subvención. Para evitar precisamente los problemas teóricos que ha suscitado en Alemania el art. 44 a) BHG propongo las siguientes claves de interpretación para el art. 81.9 LGP:

a) La extinción de la subvención por incumplimiento de su fin no es un supuesto de revocación⁸⁰, sino de declaración de caducidad⁸¹. Y ello porque el fin de la subvención es una condición resolutoria potestativa, cuyo incumplimiento determina la obligación de la Administración (salvo supuesto excepcional: vid. supra Cap.4 VI D) a) dd).) de declarar la caducidad.

b) El reintegro del monto de la subvención con intereses, para el caso del incumplimiento del fin de la subvención, se explica precisamente por su naturaleza de condición resolutoria. Pues en Derecho español el incumplimiento de la condición resolutoria supone la extinción del acto con efectos retroactivos (vid. supra Cap.4 VI E) b) bb).)

c) La extinción de la subvención (y reintegro) por incumplimiento de una carga modal ("obligaciones con motivo de la subvención") es un supuesto de revocación, que

⁸⁰ NIEVES califica la extinción de la subvención por incumplimiento del fin como revocación (Ob.cit., p.112), pero ello se debe a que para este autor el fin de la subvención es un modo, no condición potestativa. El término revocación también aparece en OM de 19 de agosto de 1992

⁸¹ En todo caso es necesaria una declaración expresa: DIAZ LEMA, Ob.cit., p.165. Se habla de "declaración de caducidad" de beneficios, por incumplimiento del fin de la subvención, en SSTs 2 octubre 1992 (Az.7755); 17 octubre 1992 (Az.7752); 30 junio 1992 (Az.6086); 30 junio 1992 (Az.6089); 30 junio 1992 (Az.6090), todas ellas referidas a beneficios en Áreas de Expansión Industrial.

institucionalmente sólo tiene efectos ex nunc, nunca retroactivos. Por tanto, en este caso no sería procedente el pago de intereses. Y dicha revocación es una decisión discrecional -vinculada- de la Administración, no una obligación, como en el caso de la declaración de caducidad (vid. supra Cap.5 II B) y C).)

B) Sanción administrativa por incumplimiento de las obligaciones del subvencionado.

Según expone GALLEGO ANABITARTE, la mayor parte de las normas de la acción concertada contienen un catálogo de sanciones pecuniarias para el caso de incumplimiento de algunas cláusulas de la subvención⁸². Por tanto, no todo incumplimiento de las obligaciones del beneficiario produce resolución, extinción o declaración de caducidad de la subvención. El actual art. 82.1 LGP tipifica infracciones administrativas en materia de subvenciones y dispone las correspondientes sanciones⁸³. En este precepto se distingue entre fin de la subvención y "obligaciones asumidas como consecuencia de la subvención". Pero para ambos tipos de infracciones se imponen las mismas sanciones. Más aún. El tipo de cláusula que se incumple no merece la atención de la

⁸² GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit., pp.203-204

⁸³ Dice así:

"Constituyen infracciones administrativas en materia de subvenciones y ayudas públicas las siguientes conductas, cuando en ellas intervengan dolo, culpa o simple negligencia:

...b) La no aplicación de las cantidades recibidas a los fines para los que la subvención fue concedida, siempre que no se haya procedido a su devolución sin previo requerimiento.

c) El incumplimiento, por razones imputables al beneficiario, de las obligaciones asumidas como consecuencia de la concesión de subvención

....La multa pecuniaria será independiente de la obligación de reintegro contemplada en el artículo anterior...

norma a la hora de graduar las sanciones⁸⁴.

Considerando conjuntamente los arts. 81.9 y 82 LGP resulta que tanto el incumplimiento del fin de la subvención como el incumplimiento de otras obligaciones de la subvención admiten dos tipos de consecuencias jurídicas: Reintegro de las cantidades percibidas, con los intereses de demora (art.81.9 LGP) y sanciones administrativas (art.82 LGP), ¿Se pueden articular ambos tipos de consecuencias jurídicas?

Según FERNANDEZ FARRERES, el efecto normal del incumplimiento de una "carga" de la subvención sería la devolución de la aportación económica. Habría también sanciones, pero éstas no tendrían como causa propia el incumplimiento de la "carga"⁸⁵. La tipificación de los incumplimientos como infracciones administrativas sería por tanto independiente de la obligación de reintegro de la subvención (cuyo fundamento sería el tratarse de una percepción indebida). En mi opinión, las sanciones que regula el art. 82.3 a 8 LGP también puede tener un significado coactivo, multa coercitiva del art 99 LRJAP. Estas sanciones serían un medio de ejecución forzosa de una obligación (modal) del subvencionado⁸⁶. Según el propio art. 99.2 LRJAP la multa coercitiva es compatible con la sanción administrativa en sentido estricto. Conforme a esto, se puede

⁸⁴ Según el art. 82.4 LGP los criterios de graduación son: a) Buena o mala fé de los sujetos; b) La comisión repetida de infracciones en materia de subvenciones y ayudas; c) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración o a las actuaciones de control financiero...

⁸⁵ FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.432

⁸⁶ En contra: FERNANDEZ FARRERES, La subvención...cit., p.434.

La multa como medio de ejecución forzosa de un modo subvencional está tradicionalmente asumida en la doctrina alemana (BLECKMANN, Ob.cit., p.152), aunque partiendo de la caracterización del modo como acto independiente, tesis que he rechazado en este estudio.

interpretar que el art. 82 LGP contiene tanto multas coercitivas como sanciones administrativas. La multa coercitiva tiene lugar propiamente cuando no proceda el reintegro de los beneficios conforme al art. 81.9 LGP (que debe limitarse, por exigencia del principio de proporcionalidad, para el incumplimiento del fin de la subvención), pero la Administración quiera forzar al subvencionado al cumplimiento de todas las cláusulas de la misma. La multa coercitiva sirve por tanto para la ejecución forzosa de los modos de la subvención.

Un intento de articular los arts. 81.9 y 82 LGP puede ser el siguiente:

a) El incumplimiento del fin de la subvención (condición potestativa) conduce normalmente a la declaración de caducidad, lo que supone el reintegro de la subvención e intereses de demora. Pero este incumplimiento puede provocar, además, una sanción administrativa, compatible con el reintegro de la subvención conforme al art. 82.3 "in fine" LGP.

b) El incumplimiento de una de las obligaciones impuestas al subvencionado "con motivo" o "como consecuencia" de la subvención debe llevar a una multa coercitiva, sólo en supuestos extremos a la revocación (con el consiguiente reintegro de beneficios, pero sin intereses, pues eso sería una revocación retroactiva). Con esta multa coercitiva es compatible una sanción administrativa en sentido estricto, según declara el art. 99.2 LRJAP.

CAPITULO 19:
CONCESION DE DOMINIO PUBLICO

Siguiendo a GALLEGO ANABITARTE, parto de la calificación de la concesión de dominio público como acto administrativo necesitado de aceptación¹.

I. Cláusulas accesorias, cláusulas "iuris" y "delimitaciones del derecho"

A) Cláusulas "iuris" y cláusulas accesorias.

Las recientes Leyes y Reglamentos del dominio público (LA 1985, RDPH 1986, RBEL 1986, LC 1988, RC 1989, LP 1992) regulan con detalle el régimen jurídico de las concesiones para el aprovechamiento del dominio público. Esto determina que el clausulado de la concesión sea cada vez menos resolución del caso concreto y más mero reflejo de la regulación legal. La concesión contiene más cláusulas "iuris"

¹ Para la concesión de aguas, GALLEGO ANABITARTE, Concesión de aguas subterráneas, Conferencia pronunciada el 16 de febrero de 1993. Consejo General del Poder Judicial, pp.30,35,38. RODRIGUEZ-ARANA, La caducidad...cit., p.91. En relación con la LA 1879, GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Ob.cit., pp. 356-357, aunque para estos autores la aceptación es necesaria para el perfeccionamiento y eficacia. Para la concesión de desecación de marismas, STS 23 marzo 1972, (Az.1562): la concesión es acto unilateral necesitado de la aceptación posterior. En contra, calificando la concesión de dominio público como contrato, SSTs: 29 abril 1988 (Az.3156); 5 julio 1988 (Az.5598); 29 junio 1990 (Az.5755); 5 diciembre 1990 (Az.9631). Explicación ecléctica (acto unilateral-relación bilateral): GARCIA PEREZ, Concesións...cit., p.58.

que verdaderas cláusulas accesorias². En la práctica resulta a veces difícil distinguir cuáles son cláusulas accesorias y cuáles cláusulas "iuris", pues el texto de la concesión no las distingue³. Pero esto no es más que una dificultad formal. Materialmente hay cláusula "iuris" cuando la Administración no incorpora ningún contenido decisorio a través de la cláusula, se limita a repetir la consecuencia jurídica decidida por la norma⁴ (vid supra. Cap.2 III A) y

² GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.364. Vid. una relación de cláusulas legales en p.362 (cuadro 43)

³ Así ocurre en las concesiones de aguas que se otorgan en la Confederación Hidrográfica del Tajo (Según la documentación recopilada por el Prof. GALLEGO ANABITARTE para la Conferencia sobre concesiones de aguas mencionada supra). En los expedientes de concesiones de costas (que pude estudiar gracias a la ayuda de PAZ ANTOLIN y MARTINEZ CORDERO) se distinguen con más claridad (siguiendo el formato de la Orden Ministerial de 8 de noviembre de 1985) las Condiciones Generales de la concesión frente a las Condiciones particulares y Prescripciones, si bien entre estas últimas también se incluyen en ocasiones meros recordatorios de disposiciones de la ley.

⁴ En las concesiones de aguas, la LA y el RDPH imponen a veces la transcripción de un precepto de la norma en el texto de la concesión. Se trata típicamente de cláusulas "iuris", así: art. 115.1 RDPH: "... (Los Organismos de cuenca) fijarán las condiciones que regirán la concesión, que comprenderán obligatoriamente las derivadas de los artículos 51 (régimen de extinción de la concesión), 53 (posibilidad de limitar el uso del dominio público hidráulico), 56 (situación de sequía o sobreexplotación de acuíferos), 62 (autorización previa para modificación de la concesión), 63 (revisión de las concesiones) y 64 (caducidad de la concesión) de la Ley de Aguas". En estos casos -como se constata en la práctica de la Confederación Hidrográfica del Tajo- el Organismo de cuenca se limita a reproducir aquéllos artículos en el texto de la concesión, sin más. Vid. también arts.: 115.4 RDPH (condicionamiento de la explotación a la aprobación del acta de reconocimiento final de las obras) y 125.2 RDPH. También en la concesión de dominio público marítimo-terrestre la Administración debe incluir cláusulas sin ninguna concreción o decisión: "obligación del adjudicatario de facilitar cuanta información le solicite la Administración" (art.76 f) LC); "obligación del adjudicatario de mantener en buen estado el dominio público" (art.76 i) LC); "reconocimiento final de las

V.). Son típicas cláusulas accesorias las que prevé el art. 108 RDPH: cláusulas "que limiten la petición", a través de las cuales se hace compatible lo solicitado por el particular con el Plan Hidrológico; y también las que se pueden derivar del art.110.2 RDPH, al "tener en cuenta" los informes - preceptivos- del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación en materias de su competencia.

B) Delimitaciones del derecho y cláusulas accesorias.

En el texto de las concesiones hay también cláusulas que delimitan las facultades del concesionario. En la concesión de aguas éstas son, por ejemplo, el caudal autorizado, el uso o destino de las aguas, el plazo de aprovechamiento (cfr.arts: 102; 115.2 b); 187 a),b),c),e),f) RDPH). En la concesión de dominio público marítimo-terrestre son el objeto y extensión de la ocupación, plazo de otorgamiento, régimen de utilización, prescripciones técnicas al proyecto (cfr.art.76.1 a) c) e) y 1) LC), que se contienen en el Pliego de Condiciones Particulares y prescripicones (PCPP). Según GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS estamos entonces ante delimitaciones del contenido básico del derecho que otorga la concesión⁵, pero que no son algo opuesto a las cláusulas accesorias⁶. En mi opinión, aquellas "delimitaciones" son

misma (de las obras e instalaciones) previo a su utilización" (art.155.2 c) RC)

⁵ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.351

⁶ Estas delimitaciones de contenido pueden ser un término (GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit. p.341), o una condición (p.352). Y el incumplimiento de estas delimitaciones de contenido se sanciona con la caducidad (p.362).

también cláusulas accesorias⁷ (vid. supra Cap.6 III A).). Y por ello, actuar más allá de lo permitido por el acto es incumplir una cláusula de acto⁸.

En la Ley de Aguas Federal de Alemania (Wasserhaushaltsgesetz, de 23 de septiembre de 1986 -WHG-) se mencionan en un mismo precepto (art.4 I WHG) las "condiciones de utilización" (Benutzungsbedingungen) y los modos (Auflagen) de la concesión. La doctrina señala que las "condiciones de utilización" no son verdaderas condiciones⁹, aunque no se acierta a darles una ubicación dogmática. BREUER cataloga a estas cláusulas al mismo tiempo como delimitaciones del contenido principal del acto y como

⁷ Aunque otra cosa pudiera deducirse del texto de algunas concesiones de aguas otorgadas por la Confederación Hidrográfica del Tajo, donde se distingue entre "características" de la concesión (acuífero, clase y afección del aprovechamiento, caudal máximo, potencia instalada, volumen máximo anual, superficie regable) y "condiciones" de la concesión.

⁸ Así se puede explicar que la condición 30 PCGCC prevea la declaración de caducidad de la concesión en caso de realización de obras o usos no amparados por la misma. (En este sentido, DCE 74/92/RL). Es decir, el actuar más allá de la concesión tiene la misma consecuencia jurídica que el incumplimiento de una cláusula condicional resolutoria de la misma.

⁹ SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.10. Esta conclusión está muy determinada por el concepto de condición (en sentido técnico) propio del Derecho administrativo alemán, fiel a la tradición civil, que reconoce a la condición resolutoria efecto extintivo "ipso iure" de la relación jurídica. Y por ello, dado que el art. 12 II 4 WHG dispone que el incumplimiento de las "condiciones de utilización" pueden dar lugar a "revocación", se excluye que tales "condiciones" lo sean en sentido estricto. Este planteamiento y conclusiones no se pueden extender a nuestro Derecho, donde el incumplimiento de una condición resolutoria no lleva ni a la "revocación", ni a la extinción "ipso iure", sino a la declaración de caducidad :cfr.art.64.1 LA. (Vid. supra Cap. 4 VI C).)

cláusulas accesorias¹⁰. Siguiendo esta doctrina, en mi opinión no hay contradicción en decir que una cláusula accesoria es delimitación del contenido principal o básico del acto.

II. Admisibilidad de las cláusulas accesorias.

Como principio general se puede decir que en Derecho del Dominio Público español casi todas las cláusulas accesorias están previstas por la ley. Y no por estar previstas (o impuestas) por la ley pasan a ser cláusulas "iuris", siguen siendo cláusulas accesorias siempre que haya un margen de concreción, ponderación o valoración administrativa (vid. supra Cap.2 V). Lo cual no significa que todas las cláusulas accesorias de la concesión sean iguales. Hay que reconocer que un concepto de cláusula accesoria tan amplio como el que acepto exige distinguir luego con claridad entre las cláusulas accesorias donde la Administración sólo concreta, y aquéllas donde la Administración propiamente decide. En efecto, la previsión legal de cláusulas accesorias puede darse de varias formas. Tal y como han hecho GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS en Derecho de aguas español¹¹ hay que distinguir entre cláusulas impuestas por la ley y cláusulas autorizadas por la ley. Este esquema es también el punto de partida de SIEDER/ZEITLER en Derecho de aguas alemán; según estos últimos autores hay que distinguir dentro de las cláusulas accesorias entre determinaciones obligatorias (Muß-Bestimmungen) y determinaciones potestativas (Kann-Bestimmungen), dependiendo de la relación entre la

¹⁰ BREUER, Ob.cit., p.165

¹¹ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.362, cuadro n.43

Administración y la ley¹². La diferencia entre la clasificación de GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS y la de SIEDER/ZEITLER reside en que en los primeros, las cláusulas impuestas por la ley serían en realidad cláusulas legales ("iuris"), mientras que para SIEDER/ ZEITLER las cláusulas de obligatoria imposición en la concesión, siempre que no sean mera transcripción de la ley, son también cláusulas accesorias. Este segundo concepto amplio de cláusulas accesorias es el que vengo defendiendo en esta Tesis (vid supra Cap.2 III A).). Lo cual exige hacer distinciones, y dejar claro que no todas las cláusulas accesorias son iguales, que no es lo mismo concretar el caudal de una concesión de aguas que imponer -discrecionalmente- la instalación de motores o aparatos de medición. Tomando y desarrollando estos esquemas, se pueden distinguir en nuestra legislación de dominio público tres tipos de cláusulas accesorias:

A) Cláusulas que deben incluirse en todo caso en la concesión, previa concreción por la Administración¹³ o previa

¹² SIEDER/ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.4. Aunque a la hora de calificar cada cláusula no llegan a resultados claros. Por otro lado, los autores no mencionan lo que en la doctrina alemana se conoce como "Sollvorschrift", esto es, precepto que obliga salvo que se dé un caso excepcional (Vid. MAURER, Allgemeines...cit., pp.99-100)

¹³ Art. 102 RDPH: "En toda concesión de aguas públicas se fijará...(y sigue un listado en que se incluye finalidad, caudal máximo, etc); art.187 RDPH: "Las concesiones de aguas subterráneas deberán indicar..." (y sigue un listado que incluye volumen de aguas concedido, uso, etc.); art.93.1 LA: "En todo caso, quedarán reflejadas en ellas (autorizaciones de vertido) las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento, así como los límites que se impongan a la composición del efluente y el importe del canon de vertido...". Art.76 LC: "En todo título de otorgamiento se fijarán...en todo caso, las siguientes (condiciones)", y sigue un listado donde se incluye: objeto y extensión de la ocupación, obras e instalaciones, plazo, canon, régimen de utilización, prescripciones técnicas al proyecto, etc., en muchas de ellas hay muy amplio margen para

integración de un concepto normativo indeterminado (vid. supra Cap.10 III B).). No parece que en este apartado se pueda incluir el art. 115.2 RDPH, pues según este precepto: "Además se exigirán en cada caso las que sean de aplicación entre las siguientes" (y sigue un listado entre las que se encuentran supuestos tan genéricos como ...c)"Modulaciones pertinentes"): la norma se formula imperativamente ("se exigirán"), pero en realidad contiene una autorización para la inclusión de cláusulas accesorias.

B) Cláusulas tipificadas permitidas por la norma, cuya inclusión en cada concesión es decisión de la Administración¹⁴.

C) Cláusulas autorizadas por la ley de una forma genérica (vid. supra Cap.10 III A).). Para la concesión de aguas: art.115.2.m) RDPH: "Además, se exigirán en cada caso las que sean de aplicación entre las siguientes:...m) Las especiales que el Organismo de Cuenca estime pertinentes..."¹⁵. Para la

la concreción por la Administración.

¹⁴ Vid.: art.53.3 LA (cláusula de precario en concesión de aguas); art.180.2 RDPH (cláusulas en autorización de investigación de aguas subterráneas); art.93.2 LA: "En la autorización (de vertidos) podrán estipularse plazos para la progresiva adecuación de las características de los vertidos a los límites que en ella se fijen". Art.76.1 j) LC: "Obligación del adjudicatario de constituir un depósito...salvo decisión en contrario de la Administración"

¹⁵ Según informa la Confederación Hidrográfica del Tajo, amparadas por el art. 115.2 m RDPH, se incluyen las siguientes: instalación de aparatos de medida, tomas de muestra, puntos de vertido en caso de que haya aguas residuales, operaciones para evitar afecciones a terceros, servidumbres de uso. Parece que bajo la cobertura de esta autorización general también se incluyen las siguientes, que aparecen en el texto de varias concesiones: -"Habrá de procurarse no interrumpir el paso de ganado por vías pecuarias" (en concesión de abastecimiento a población); - "Instalación de una rejilla que impida el acceso a la población ictícola" (en concesión de aprovechamiento

concesión de costas, art.76.1 LC: "se fijarán las condiciones pertinentes".

Al margen de las previsiones concretas de la ley, toda cláusula accesoria estaría amparada también por la máxima tradicional "quien puede lo más (denegar), puede lo menos (condicionar)"¹⁶. Así podían afirmar GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET: "La discrecionalidad de la Administración surge al imponer las condiciones que entiende necesarias para defender no sólo los derechos del Estado, sino también los derechos de terceros preexistentes a la petición de concesión..."¹⁷. Mas el principio "pro conditio" que comentamos toma ahora un nuevo sentido, ya que según el principio de proporcionalidad (art.1.1 CE: Estado de Derecho) la Administración debe (no sólo puede) condicionar antes que denegar¹⁸. Ahora bien, ese

hidroeléctrico), etc.

También hay una autorización general en el art.187 RDPH: "Las concesiones de aguas subterráneas deberán indicar...g) Las demás condiciones que se estimen oportunas...,h) Aquellas otras que pudieran resultar pertinentes..." ; para la autorización de investigación de aguas subterráneas, art.180.2 RDPH: "El Organismo de Cuenca establecerá las condiciones que procedan..."

¹⁶ DCE 1054/1991, N.Marg.90, p.409: "Allí donde la ley calla no existe un ámbito absoluto e intangible de libertad para el concesionario, sino un campo apropiado para que los órganos administrativos establezcan las prescripciones necesarias para la correcta gestión del bien concedido".

El mismo planteamiento en SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.1, si bien la vigencia obsesiva del principio de legalidad en Alemania lleva a los autores a buscar siempre autorización (Ermächtigung) para las cláusulas accesorias en preceptos concretos de la ley.

¹⁷ GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Ob.cit., p.366

¹⁸ Cfr. art.75 LC: sólo se denegarán de plano las solicitudes de utilización del dominio público marítimo-terrestre que se opongan de una materia notoria a lo dispuesto en la normativa en vigor. Pese a que el art. 32.1 LC contiene un criterio contra la ocupación privativa del demanio marítimo-terrestre,

deber de condicionar no ampara la inclusión de cualquier cláusula. Más bien se trasladan a la cláusula accesoria los límites que ya había fijado la jurisprudencia en relación con la discrecionalidad en el otorgamiento de la concesión (arts: 57.4 LA; 35.2 y 67 LC). De ello resultaría:

1. La cláusula accesoria en una concesión de aguas ("modulaciones pertinentes", "condiciones especiales" del art. 115.2 RDPH) debe seguir también el orden de preferencia de aprovechamientos hídricos del art. 58.2 LA. Por ejemplo, los fines complementarios que se puedan satisfacer mediante un modo están sometidos también al orden de preferencias del Plan Hidrológico o de la LA.

2. La cláusula accesoria sólo se puede imponer en el ámbito competencial propio del órgano que otorga la concesión. Así, las cláusulas accesorias en la concesión de dominio público marítimo-terrestre deben referirse a competencias estatales o evitar la degradación o expoliación del demanio costero, sin afectar al ejercicio de competencias de una Comunidad Autónoma (en concreto, urbanismo y ordenación del territorio)¹⁹

lo cierto es que la práctica administrativa de la Dirección General de Costas muestra que sólo se deniegan las solicitudes de autorización o concesión cuando la nueva ocupación del demanio no cumple las distancias mínimas fijadas en el Reglamento de Costas. También hay un criterio "pro otorgamiento" en la concesión de aguas. DEL SAZ, aunque no trata el tema de las cláusulas accesorias, si afirma que "siempre que ello sea posible la concesión tendrá que ser otorgada" (p.225). En Derecho de Aguas alemán hay que condicionar antes que denegar: SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.1.

¹⁹ Esta conclusión, para las cláusulas accesorias de la concesión, la extraigo de la STC 149/91 FJ 4 B) e), que hace referencia a la discrecionalidad del Estado para el otorgamiento de la concesión según el art.35.2 LC

3. Al igual que los Tribunales constriñen la discrecionalidad de otorgamiento²⁰, también hay controles sobre el posible contenido de las cláusulas; éste vendrá determinado por informes técnicos razonablemente ponderados, a través de los cuales se puedan comprobar los hechos determinantes de la resolución²¹.

Lo que distingue a los tipos de cláusulas A) B) y C) supra es el margen que la norma deja a la Administración para decidir en el caso concreto. En unos casos no hay mas que concreción o integración de conceptos normativos indeterminados, en otros hay discrecionalidad de opción²² (posibilidad de incluir o no una determinada cláusula); otras veces, en fin, hay discrecionalidad de decisión. Todos estos niveles de decisión se ejercen en el marco de la norma, y todos ellos son controlables por los Tribunales, con más o menos intensidad. (vid. supra Cap.II V). Y en todo caso, por mucho que la norma constriña el margen de decisión de la Administración, nunca se llega a crear un derecho subjetivo a la inclusión de una cláusula. La inclusión de una cláusula puede ser reglada, y no por ello dar lugar a un derecho subjetivo a su imposición.

III. Tipos de cláusulas accesorias.

A) Condición.

Según GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, "La concesión adopta la fórmula de otorgación sujeta a condición

²⁰ Desde luego, para costas, la STC 149/91, FJ 4. También, para aguas, STS 5 diciembre 1990 (Az.9633)

²¹ Esta técnica para la reducción de la discrecionalidad de la concesión de aguas, en STS 15 abril 1981 (Az.1454)

²² Este concepto, en MOZO, Ob.cit., p.364

resolutoria en favor de la Administración del Estado, en caso de incumplimiento de las condiciones..."²³. Lo difícil es identificar en las leyes cuándo nos encontramos ante una condición resolutoria. Ante todo hay que decir que no todo lo que las leyes llaman "condición" son propiamente condiciones, en sentido técnico-jurídico²⁴. Serán condiciones las cláusulas "básicas o decisorias" (art.79.1 1) LC) o las "cláusulas esenciales" de la concesión (arts. 64 LA y 316 b).RDPH)²⁵. Para el incumplimiento de estas cláusulas reservan la Ley de Costas y la Ley de Aguas la consecuencia jurídica de caducidad. Intentando determinar cuáles son las "cláusulas esenciales", GALLEGO ANABITARTE ha conectado el art. 64.1 LA con el art. 144.2 RDPH (relativo a la modificación de concesión a instancia del particular)²⁶; según el art. 144.2 RDPH: "Por características esenciales se entenderán: Identidad del titular, caudal máximo y continuo medio equivalente a derivar, corriente y punto de toma, finalidad de la derivación, superficie regada en las concesiones para riego y el tramo ocupado en las destinadas a producción de energía eléctrica"²⁷. Las condiciones se van

²³ GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Ob.cit., pp.361-362

²⁴ Sin embargo, GAY DE MONTELLA y MASSO DE ESCOFET (Ob.cit., p.356), que afirmaban que "la concesión se otorga siempre bajo condición resolutoria", referían esta caracterización, sin distinción, a las "condiciones" de la concesión.

²⁵ Este concepto de condición se correspondería con lo que LAFUENTE llama "obligaciones esenciales" de la concesión: "las vinculadas estrechamente a la satisfacción de la finalidad pública perseguida con la concesión administrativa" (Ob.cit., p.117)

²⁶ GALLEGO ANABITARTE, Concesión...cit., pp.41 y ss.

²⁷ Este puede ser un criterio para la identificación de las "cláusulas esenciales", y así lo confirma la práctica administrativa de la Confederación Hidrográfica del Tajo. En apoyo de la interpretación de GALLEGO ANABITARTE se puede citar también el art. 102 RDPH que se refiere separadamente a lo que son las delimitaciones básicas del aprovechamiento autorizado (finalidad, plazo, caudal), frente a la amplia

a encontrar, preferentemente, en la delimitación del contenido básico del derecho que otorga la concesión²⁸.

En ocasiones, las concesiones llaman plazos a lo que son condiciones resolutorias potestativas. Por ejemplo los plazos de inicio y finalización de las obras o instalaciones, frecuentes en el texto de las concesiones de aguas. Según el 64.1 LA el incumplimiento del "plazo" puede determinar la caducidad la concesión. En este caso estamos ante una condición resolutoria potestativa, no ante un término final. En efecto, el art.51.1 LA fija como causas de extinción distintas el "término del plazo" (letra a) y las causas de caducidad del art.64 LA (letra b); entre estas últimas se encuentra el "incumplimiento de plazo". También la Ley de Costas distingue entre el "vencimiento del plazo", causa de extinción de la concesión (art. 78.1 a) LC) y la "no iniciación, paralización o no terminación de las obras

tipología de cláusulas que prevé el art.115 RDPH. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el art. 144.2 RDPH se está refiriendo solamente a las "características" de la concesión, dejando fuera lo que pudieran ser otras cláusulas de contenido "jurídico". Es decir, que fuera de las "características de la concesión" puede haber también "cláusulas esenciales", lo que confirma el art. 144.1 al disponer que "No podrán variarse las características esenciales de una derivación de aguas, ni las condiciones de la concesión..."

²⁸ Ya hemos dicho (supra I B.) que la doctrina alemana excluye que las "condiciones de utilización" (Benutzungsbedingungen) de la concesión de aguas sean verdaderas condiciones (SIEDER/ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.10), pero este criterio de rechazo de la condición está determinado por el automatismo en los efectos que conserva esta cláusula en Derecho Administrativo alemán. Esto ha motivado que el art. 12 II 4 WHG regule el incumplimiento de estas "condiciones de utilización" como un supuesto de revocación indeterminado, sin distinguirse por sus efectos del modo, cuyo incumplimiento también puede determinar revocación. En Derecho español se puede sostener la identidad de la condición, que es cláusulas esencial de la concesión y cuyo incumplimiento provoca la declaración de caducidad, no revocación (vid. supra Cap.4 VI C).b) bb).)

injustificadamente durante el plazo..." , que es causa de caducidad (art. 79.1 a) LC). Y es que el término final de una concesión puede vencer, pero no se puede incumplir; lo que si se puede cumplir o incumplir es la condición potestativa de hacer algo antes de un determinado momento.

B) Modo.

Otto MAYER enumeraba las siguientes cargas modales de la concesión de aguas²⁹: 1.Sometimiento a la policía demanial; 2.Modos de utilización para protección de terceros; 3.Obligaciones patrimoniales (v.gr. tasas). La primera de estas cargas es hoy más bien una cláusula "iuris": el sometimiento a la policía demanial no deriva de una cláusula del acto, sino de la propia norma. Los otros dos tipos de cargas modales son verdaderas cláusulas accesorias, y son identificables también en nuestras leyes, como se verá más adelante.

La mayoría de las llamadas "condiciones" de la concesión son en realidad modos³⁰. Según BREUER, "Los modos no se refieren al aprovechamiento en sí mismo, sino que prescriben al particular un hacer, tolerar o no hacer adicional para evitar o compensar perjuicios a la generalidad o a terceros"³¹. La definición es asumible en cuanto distingue entre modo y "delimitación" del contenido básico de la

²⁹ Otto MAYER, Deutsches...II, cit., pp.306-307

³⁰ GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I,cit., p.362, cuadro n.43; GALLEGO ANABITARTE, Concesión...cit., p.46. La misma constatación se hace en la Ley de Aguas Federal de Alemania, donde el modo (Auflage) es la cláusula más regulada y más frecuente (cfr.arts. 4 I y II; 6; 8 III; 10 I WHG)

³¹ BREUER, Ob.cit., p.165

concesión, pero criticable porque se refiere sólo a modos de policía, de evitación de peligros.

A continuación propongo una tipología de modos en concesiones (vid. también supra Cap.I D.):

a) Modo de protección de intereses generales.

Se refiere a la conservación del dominio público, medio ambiente, o fines preferentes de interés general. De esta clase son las "adecuadas garantías para la restitución del medio", de que habla el art. 70 LA o el "condicionado que se derive del resultado del estudio de la incidencia ambiental de las obras" (art. 115.2 h) RDPH)³². También son modos de protección (indirectos³³) los que imponen un determinado régimen y vigilancia de las instalaciones (art.115.2 d) RDPH)³⁴. Otros modos, para la satisfacción de fines de interés general preferentes, son la reserva de caudales mínimos, para usos comunes, sanitarios o ecológicos (art.115.2 g) RDPH) y la obligación de soportar el

³² También: art.180.2 a) RDPH: "...aquellas otras (normas técnicas de ejecución) que resulten convenientes para la mejor conservación de los acuíferos"; art.180.2 e) RDPH: "normas para el sellado de la perforación y restitución del terreno a las condiciones iniciales."

³³ BREUER, Ob.cit., p.171

³⁴ En Derecho de aguas alemán existe un tipo peculiar de modo de control. Se trata de la obligación de todo concesionario de nombrar un "encargado de empresa" (Betriebsbeauftragte) que vigile el cumplimiento de las cláusulas del acto y de la legislación de aguas. Se trata de un comisionado del concesionario, no del Estado en la empresa concesionaria (SIEDER-ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.20). Entonces, la Administración no controla cómo ejerce este comisionado su función; la Administración sólo puede comprobar si este comisionado encuentra obstáculos en la empresa concesionaria para desarrollar su labor de vigilancia (BREUER, Ob.cit., p.173).

aprovechamiento de caudales de la concesión por la Administración para la realización de obras públicas (art.115.2 e) RDPH). En las concesiones de costas, el PCPP suele contener modos de preservación del demanio marítimo terrestre. Así la cláusula "By-pass", que obliga al autorizado a construir espigones para transportar la arena que se va acumulando a un lado del espigón.

b) Modo de protección de terceros

La legislación demanial española no regula esta cláusula modal. Está previsto que la Administración obligue al concesionario de dominio público a indemnizar el daño a terceros, derivado del disfrute de la concesión (modo de compensación económica: vid infra c).). Pero la legislación del dominio público no regula el modo de protección, esto es, la obligación de evitar o aminorar el daño o perjuicio (vid infra.Cap.20 VI A).). En la Ley de Aguas alemana (WHG) este tipo de modo está previsto con carácter general en el art. 4 II 2 WHG, a fin de hacer compatible el aprovechamiento concedido con los intereses o derechos de propietarios colindantes u otros concesionarios (Schutzaufilage). El modo impone aquí una obligación no pecuniaria, no es indemnización ni compensación económica; es, por ejemplo, la tolerancia de pequeñas tomas de caudal por parte de colindantes u obligaciones de limitar el aprovechamiento real ante determinadas circunstancias, para proteger así a concretos intereses de terceros. La doctrina alemana ha destacado que el modo de protección obliga al concesionario en relación con la Administración, no con el beneficiado. El beneficiario del modo de protección no tiene un derecho subjetivo frente al concesionario³⁵. Y por ello, la compulsión al cumplimiento

³⁵ SIEDER/ZEITLER, Ob.cit., art.4, párr.17 a)

del modo proviene de la Administración, no de los Tribunales.

c) Modo de compensación.

Este modo obliga al concesionario a reparar (o indemnizar sustitutoriamente) a otros particulares (concesionarios o no) por los daños y/o perjuicios derivados del aprovechamiento de la nueva concesión³⁶. Así está dispuesto para la concesión de aguas en los arts. 57.3 y 68 LA, que a la vez que prevén la modificabilidad de concesiones anteriores, para adaptarlas a una nueva solicitud, imponen la compensación de los daños y perjuicios de esa modificación al nuevo concesionario. También hay obligación de indemnizar cuando el concesionario explota sobre fundo ajeno (art.67 LA) o, en la concesión de costas, cuando hay afección de dominio privado de tercero (art.78.2 c) RC).

Un grupo peculiar de modos de compensación es el que se deriva de la imposición de servidumbres por razones de aprovechamiento de aguas (art. 46.1 y 2 LA: acueducto, saca de agua, abrevadero, estribo de presa, parada o partidior). Según el art. 46.5 LA el beneficiario de una servidumbre forzosa deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados en el predio sirviente. Pues bien, parece que el beneficio de servidumbre se puede contener en la concesión, y también la indemnización puede resolverse como cláusula modal de la concesión. Esta conclusión es congruente con el art. 106.1 RDPH, según el cual es posible que el peticionario solicite también en el expediente de concesión la imposición de servidumbre.

³⁶ SIEDER/ZEITLER dudan en este caso si se trata de una condición o de un modo, pero dejan la cuestión sin resolver (Ob.cit., art.4, párr.15)

En los supuestos de los dos párrafos anteriores surge una cuestión, ¿Qué es la indemnización a la que resulta obligado el concesionario mediante la carga modal? El art.67 LA dice que la indemnización se fijará conforme a la legislación de expropiación forzosa, mención ésta que no se contiene en el art. 78.2 c) LC. En ambos supuestos es la Administración (demanial) quien fija el monto del modo indemnizatorio³⁷. Resulta de ello que al haber privación de bien o derecho ha de darse indemnización (art.33.3 CE), pero no por el procedimiento formal de la LEF, sino por un procedimiento especial y simplificado. Mas aún, como una parte del procedimiento de otorgamiento de la concesión³⁸.

³⁷ Por ello, según DEL SAZ, se trata de actividad arbitral de la Administración (Ob.cit.,p.233)

³⁸ En perspectiva histórica se puede observar la especialización de la fijación de indemnización por servidumbre de acueducto respecto del procedimiento ordinario de la legislación de expropiación forzosa. En un primer momento, el art.8 de la Ley de 24 de julio de 1849 exigía, previa a la imposición de servidumbre de acueducto, el pago al dueño del predio sirviente de los daños y perjuicios permanentes "con más el 3 por 100". En caso de que las partes no se avinieran sobre el importe de la indemnización, ésta se resolvería como regulaba la Ley de 17 de julio de 1836 para la enajenación forzosa (esto es, según el art. 7 de esta Ley, mediante un perito nombrado por cada parte; el Juez del Partido conocía sólo de las recusaciones contra los peritos). Pero en el art. 117 de la Ley de 3 de agosto de 1866 se habla ya de imposición de servidumbre "que no exija la formal expropiación", aunque se mantiene la regla de previo pago de indemnización (art.128). Esta regulación se mantiene en la Ley de Aguas de 1879 (art.75: servidumbre de acueducto "que no exija la expropiación de terrenos") y llega a los arts. 554 a 563 C.c (de cuya regulación es Derecho supletorio la Ley de Aguas de 1879). Por Decreto de 19 de enero de 1934 se aprueba un procedimiento especial para la imposición de servidumbre de acueducto. Lo peculiar de este procedimiento, según el art.8 del Decreto, es que la indemnización se fija por un perito nombrado por la Administración, sin procedimiento de fijación contradictoria. La cantidad fijada por el perito se paga o deposita, y a partir de entonces ya se pueden realizar las obras, siendo posible "a posteriori" la revisión de la tasación, ahora en fijación contradictoria por los trámites de la Ley de Expropiación Forzosa. Por Decreto de la Presidencia de 22 de mayo de 1963 (Az.3069),

d) Modo de reversión.

El art. 51.4 LA establece el sistema general de reversión a la extinción de la concesión: reversión gratuita y libre de cargas de las obras construidas dentro del dominio público hidráulico para los fines del aprovechamiento. Pero, al mismo tiempo, el propio artículo se refiere a "sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional". La norma permite, en principio, una ampliación del régimen de reversión de la ley. Y de esta forma en nuestro Derecho la reversión puede llegar a amparar instalaciones generadoras de energía eléctrica³⁹, situación

sobre competencias entre la Administración y la Jurisdicción Ordinaria, se declara vigente el Decreto de 1934 frente a Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (de acuerdo con el art.2 del Decreto de 23 de diciembre de 1955). Pero lo más significativo de este Decreto sobre competencias es que excluye del concepto de expropiación forzosa -no sólo del procedimiento expropiatorio- la imposición de servidumbre, y ello pese al concepto amplísimo de expropiación que recogía ya el art. 1.LEF. En la actualidad, el R.D 2473/1985, de 27 de diciembre (tabla de vigencias de la Ley de Aguas) ha derogado expresamente el Decreto de 19 de enero de 1934. Las reglas sobre imposición de servidumbres son ahora las siguientes: Por un lado, el art. 25 RDPH exige el previo pago de la indemnización que corresponda de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de expropiación forzosa. Y según el art.38 RDPH, el propietario del fundo dominante puede disfrutar de la servidumbre una vez abonado el importe de la correspondiente indemnización, y a falta de avenencia o disconformidad la indemnización será fijada de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa. Pero entiendo que aquí no hay remisión al procedimiento formal de la LEF, sino sólo a sus criterios materiales para la fijación de justiprecio. Por ello, no hay obstáculo en afirmar hoy también -como permitía la legislación anterior- que la indemnización por imposición de servidumbre se puede contener en el procedimiento para el otorgamiento de la concesión, y que dicha indemnización será entonces una carga modal de la concesión.

³⁹ En una concesión de aprovechamiento hidroeléctrico de la Confederación del Tajo se puede leer la siguiente cláusula: "Revertirán al Estado, gratuitamente y libre de cargas todos los elementos que constituyen el aprovechamiento, desde las obras de derivación y toma hasta el desagüe en cauce público,

que no se da en Derecho alemán.⁴⁰

incluyendo la maquinaria de producción o transformación y líneas de salida de la energía, así como las obras, terrenos y edificios adscritos al aprovechamiento". Parece que se trata de una ampliación accesoria del régimen legal, formalmente amparada por el art. 51.4 LA, pues este precepto sólo se refiere a obras dentro del dominio público. Lo cierto es que en nuestra tradición jurídica se acepta una reversión amplia: el art. 3 del Decreto de 14 de junio de 1921 (que "suspendía" la Ley de Aguas de 1879: vid. GALLEGO ANABITARTE, El Derecho de aguas...cit, p.214) tenía un texto casi literal al que se recoge en actuales concesiones de la Confederación Hidrográfica del Tajo, incluyendo por tanto en la reversión la maquinaria para producción de energía eléctrica.

⁴⁰ Otro tratamiento ha tenido, en efecto, la cláusula de reversión en Derecho alemán. La cuestión parte de BVerwGE 36,145, que conoce de una autorización (Erlaubnis) de aprovechamiento de saltos de agua para producción de energía eléctrica, con dos modos de reversión (de las obras de presa y de la maquinaria -turbinas- para la producción de la energía). El autorizado impugna (independientemente) los modos de reversión. El Tribunal, considera que la autorización de aprovechamiento es un privilegio patrimonial para el concesionario (p.153), y al mismo tiempo una carga para el patrimonio del Estado. Entonces, el gravamen que sufre el Estado es compensable precisamente con una cláusula de reversión. Ahora bien, no se admite cualquier modo de reversión. Éste sólo es posible en relación con las instalaciones directamente vinculadas al aprovechamiento hidráulico (así, la presa), que es en lo que el particular ha recibido un privilegio de la comunidad, pero no en relación con la maquinaria para la producción de energía, donde no hay privilegio del concesionario, sino inversión para actividad empresarial. Con otros términos, la cláusula de reversión sólo se puede referir a la economía del agua (Wasserwirtschaft), no a la producción de energía (Energiewirtschaft). Sobre los fundamentos de esta Sentencia SCHACHEL (Ob.cit., pp.139-140) ha propuesto la siguiente explicación: el favor patrimonial que supone la concesión, como todo derecho dominical, tiene una función social (art.14 GG), pues bien, esa función social se cumple precisamente al revertir a la comunidad la inversión realizada por el concesionario.

e) Modo de exoneración de responsabilidad.

Con la cobertura genérica del art. 115.2 m) RDPH la Administración incluye también cláusulas por las que se exime de indemnizaciones por posibles daños causados por la actuación administrativa⁴¹. Este tipo de modo contiene una modificación del régimen constitucional (art.106.2 CE) y legal (art.139.1 LRJAP) de la responsabilidad del Estado, regulación que no es disponible por la Administración y donde ésta no puede aceptar una renuncia del concesionario (vid.infra Cap.12 II b).).

f) Canon.

La Ley de Aguas prevé el pago de canon en tres supuestos: a) Aprovechamiento de cauces de corrientes naturales y lechos de lagos, lagunas o embalses (art.104.1 LA); b) Canon de vertido (art.105.1 LA); c) Canon de regulación, por los beneficios que resulten de las obras de regulación de aguas realizadas por el Estado (art.106.1 LA). Estos cánones son modos de la concesión (o autorización), aunque no resulte así de claro en el Derecho positivo⁴².

⁴¹ Por ejemplo, en una concesión de aguas otorgada en la Confederación Hidrográfica del Tajo se contiene la siguiente cláusula: "los daños que, en su día, puedan ocasionarse en las instalaciones del aprovechamiento por el posible embalse de Arenas de San Pedro en el río Tietar, no tendrán derecho a indemnización por parte del Estado".

⁴² Históricamente, en las concesiones para obras hidráulicas, el canon era la obligación del concesionario propia de un contrato de censo enfitéutico, con lo que el canon desde luego que era parte del acto jurídico. Con el paso del Antiguo Régimen al Estado Constitucional estas concesiones pasan a ser actos administrativos unilaterales, expresión del poder público emanado de la soberanía nacional, y entonces el canon es una carga, pensión o tasa que debe pagar quien "privilegiadamente" goza de un bien de uso público

Cierto es que la ley configura los tres tipos de cánones como tributos (tasa parafiscal en los casos a) y b), contribución especial el supuesto c)⁴³). También, el art. 107.2 LA regula la fijación del canon como acto económico-administrativo independiente, a efectos de impugnación. Pero el dato para mí relevante es que según el mismo art. 107.2: "El impago podrá motivar la suspensión o pérdida del derecho a la utilización o aprovechamiento del dominio público". Si el canon fuera una obligación independiente de la concesión, entonces ésta no podría extinguirse por el incumplimiento de la obligación; procedería tan sólo la ejecución por vía de apremio, pero no la pérdida del aprovechamiento. El canon no es una cláusula delimitadora del derecho concesional, pero si un modo⁴⁴.

(GALLEGO ANABITARTE, El Derecho de Aguas...cit., pp.216-217).

⁴³ ARRIETA MARTINEZ DE PISON, Régimen fiscal de las aguas, Madrid, 1991, pp.36-37, 53, 66; también para TOLEDO JAUDENES el canon de vertido es tasa parafiscal (El principio "quien contamina paga" y el canon de vertidos, RAP 112 [1987], pp.321-322). En contra de la calificación del canon de regulación como contribución especial, STS 24 noviembre 1992 (Az.8993): el canon de regulación es tasa, porque se basa en un beneficio de modo particular al sujeto pasivo.

La doctrina venía señalando (JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español, INAP, Madrid, 1987, pp.237-238) que el termino "canon" encerraba en realidad tanto tasas como precios públicos. Y es así que según el art. 24.1 a) de la Ley de Tasas y Precios Públicos (Ley 8/1989, de 13 de abril) el canon de aprovechamiento de dominio público pasa a ser precio público (no sometido al principio de legalidad, pero si recaudable por vía de apremio: en tono crítico, ARRIETA MARTINEZ DE PISON, Ob.cit., p.104).

⁴⁴ Para reafirmar la naturaleza modal del canon no es necesario negar su carácter de tributo. Ello no obstante, para reforzar la calificación de modo se puede hacer una mención al Derecho de aguas de Alemania. Según SIEDER/ZEITLER (Ob.cit., art.4, párrafos 23 a 26) en relación con las "cláusulas modales de pago de cantidad" (Geldleistungen) las contribuciones económicas del concesionario no son tasas sino modos de reparación del medio, traducidos en dinero. Ello tiene como consecuencia esencial que el monto de la prestación económica está referido exclusivamente al costo de

La Ley de Costas regula tanto cánones como tasas que gravan al concesionario. El canon por ocupación o aprovechamiento (tasa fiscal, según la doctrina⁴⁵, y ahora, según la LTPP, precio público) forma parte del clausulado de la concesión, donde se regula su régimen de pago. Aunque se denomine precio, no por ello debe dejar de ser cláusula modal⁴⁶. La calificación de precio público es artificiosa⁴⁷ y no puede verse en ella la contraprestación (condición recíproca del art. 1124 C.c) propia de un contrato (que sería, retomando e la tradición, contrato de censo

la reparación (Ob.cit., art.4, párr.23). Tiene sentido comparar este planteamiento con el canon de vertido del art.105 LA. El gravamen por el vertido se configura en la LA como contribución a la restauración del medio receptor (art.105 LA) en la medida en que sufre un deterioro determinado y precisamente como consecuencia del vertido que se autoriza (por ello, el canon se fija en relación con la carga contaminante del efluente: art.105 LA), y consecuencia lógica es que el canon de vertido ha de ser suficiente para la labor restauradora (art.105.2, 3er. párrafo LA). Pues bien, aquí no estamos ante una contribución especial (por los beneficios que recibe el autorizado a verter como consecuencia de la actuación administrativa reparadora), sino ante la conversión en dinero de una obligación del autorizado: reparar los daños que ocasiona el vertido, que sería una típica cláusula modal de protección del dominio público hidráulico. Sólo por razones de eficacia se desplaza la actuación reparadora -originaria obligación del autorizado- a la Administración. Ahora bien, con esta explicación del canon de vertido, que me parece la correcta, no es necesario negar que dicho canon sea una tasa (negación que sí hacen para el Derecho de Aguas alemán SIEDER/ZEILTER, Ob.cit., art.4, párr.22), pues resulta que la LA atribuye a la Administración, por razones de eficacia, la labor de reparación del dominio público hidráulico. Y aunque esta tarea sea originariamente una obligación del autorizado, lo cierto es que se ejerce como competencia administrativa, y por su ejercicio se devenga tasa.

⁴⁵ ARRIETA MARTINEZ DE PISON, Ob.cit., pp.36-37

⁴⁶ Otro criterio parece expresar GARCIA PEREZ, Concesións...cit., p.144-148, que trata los cánones de la concesión de costas como algo distinto de las cláusulas accesorias de la concesión.

⁴⁷ MARTINEZ GIMENEZ, Los precios públicos, Madrid, 1993, p.67

enfitéutico). El "precio público" es aquí modo del acto concesional unilateral. Y también es carga modal el otro canon de la Ley de Costas, el de vertido (en la doctrina, tasa parafiscal⁴⁸), previsto en el art. 85 LC. Por último, junto a los cánones se encuentran también las tasas (arts. 86 y 87 LC), tributos como consecuencia de la prestación de servicios por la Administración de costas. El art. 87.4 LC configura estas tasas ciertamente como algo al margen del contenido de la concesión (cfr. párrafos 4 y 5 del art. 87 LC), lo cual no es óbice para que también se incluyan como cláusulas modales de la concesión⁴⁹. Al calificar a todos estos cánones y tasas como cláusulas modales resulta que el impago de los mismos no determina por sí la caducidad de la concesión (sería lo propio de una condición resolutoria), sino sólo cuando el impago es reiterado, cuando supera el plazo de un año (art.79.1 c) LC).

⁴⁸ ARRIETA MARTINEZ DE PISON, Ob.cit., p.53

⁴⁹ En la Doctrina del Consejo de Estado, por un lado, se afirmaba la independencia del canon respecto de la concesión: "El incumplimiento del pago de tasas o impuestos o la demora en su pago no es causa suficiente para la caducidad de la concesión, pues no se trata del incumplimiento de una condición propia del mismo, sino del impago de una deuda tributaria cuya satisfacción puede ser exigida por vía de apremio, conforme a la propia legislación fiscal, sin afectar a la sustancia de la concesión (DCE 47.575/1985, N.Marg.58, p.160), y con igual doctrina, el anterior DCE 43.806/1961, N.Marg.36, p.126. Pero también ha dicho el Consejo de Estado que "El impago del canon concesional no constituye por sí mismo causa automática de caducidad de la concesión...Aquél impago debe ser remediado por la vía ejecutiva...y sólo cuando ese camino haya resultado ineficaz procede desplegar el efecto de la caducidad de la concesión (DCE 45.068/1983, N.Marg.59, p.155)

g) Modo de gestión de la concesión.

A esta clase corresponde la posibilidad, según la condición 29. PCGCC, de exigir el nombramiento de un Director de explotación, así como la aprobación de tarifas máximas a abonar por el público como consecuencia de la explotación de las obras e instalaciones. El límite de estos modos se encuentra en la facultades propias del derecho de libre empresa (art.38), que si bien ha de ser ponderado con otros bienes constitucionales (art.45.1 CE: derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado; art.132 CE: integridad del dominio público.), debe permanecer reconocible un ámbito de propia decisión empresarial y de "privacidad económica"⁵⁰.

h) Modos a la extinción de la concesión.

Los modos de las concesiones obligan durante la vigencia de éstas. Pero también hay modos que obligan una vez extinguido el título concesional ("Folgeaufilage": vid. supra Cap.5 I C).b) aa).). Así ocurre para la autorización de investigación de aguas subterráneas, donde el art. 180.2 e) RDPH permite la inclusión de modos para la "restitución del terreno a las condiciones iniciales".

C) Consecuencias jurídicas del incumplimiento de una condición (resolutoria potestativa) y un modo.

Interpretando las consecuencias jurídicas que las leyes del dominio público disponen para el incumplimiento de las distintas cláusulas se pueden identificar las condiciones y modos de la concesión. Pero no estamos ante criterios fêrreos, sino flexibles en razón de cada tipo de concesión. Además, la necesaria interpretación de todo el Ordenamiento

⁵⁰ Cfr. LEISNER, Die Lenkungsauflage, cit., p.58

Jurídico de acuerdo con la Constitución (art.5.1 LOPJ) puede cambiar la calificación, como condición o modo, de una cláusula. Como ha ocurrido en el siguiente caso: Una concesión para desecación de marismas incluye una cláusula según la cual el terreno saneado ha de ser dedicado a usos agrícolas. En 1976 dice el TS:

"La realización de la obra en cuestión, que opera como condición "esencial" y suficiente para esa conversión jurídica...pues no puede ser óbice a ello, ni el primitivo destino y carácter de los bienes, ni el plazo, canon, y demás circunstancias establecidas en la concesión que nos ocupa, ya que todas estas circunstancias no son más que "cargas modales"⁵¹.

Ante una concesión con la misma cláusula, y aplicándose en el proceso aún la Ley de Costas de 1969, pero vigente ya la Constitución, declara el TS que tanto la obra de desecación y saneamiento de la marisma, como el aprovechamiento para fines agrícolas (destino), son cláusulas cuyo incumplimiento determina la caducidad (por tanto, son condiciones: FVC), y ello por la especial consideración del dominio público en el art. 132 CE, "que exige una exquisitez en su uso y aprovechamiento de acuerdo con la concesión"⁵². Parece entonces que el destino (uso agrícola) de la marisma desecada pasa a ser también condición resolutoria de la concesión.

Pasemos ahora a un estudio del Derecho positivo. Según el art. 64.1 LA, la Administración podrá declarar caducada la concesión por incumplimiento de sus "condiciones"

⁵¹ STS 10 noviembre 1976 (Az.4941). Vid. comentario a esta STS en GALLEGO ANABITARTE, La acción...cit, p.245

⁵² STS 25 marzo 1991 (Az.2503)

esenciales"⁵³. Y la jurisprudencia, vigente la LA 1879, declara procedente la declaración de caducidad ante un incumplimiento de la condición primordial del acto⁵⁴. Se trata del incumplimiento de condiciones resolutorias potestativas de la concesión. El "podrá" de la ley no es mera facultad, sino obligación de declarar la caducidad salvo supuestos especiales (vid. supra Cap.4 VI D) a) dd).), para lo que el art.165.4 RDPH ofrece la posibilidad de decretar el archivo del expediente o de rehabilitar la concesión. Cuando no estemos ante "condiciones esenciales", esto es, cuando se trate de modos, la Administración no debe, en principio, declarar la caducidad. Sólo en supuestos excepcionales se puede declarar caducada una concesión (en rigor, revocar) por incumplimiento del modo; posibilidad ésta expresamente prevista para el impago de canon en el art. 107.2 LA.

En apariencia, la Ley de Costas es más explícita en la distinción entre condición y modo por sus efectos. Según el art. 79.1 1) LC: "La Administración... declarará la caducidad...por incumplimiento... de las (condiciones) básicas o decisorias para la adjudicación"⁵⁵. Y el mismo art.

⁵³ El art.158 de la Ley de Aguas de 1879 disponía la caducidad en términos imperativos, "las concesiones caducarán...", no en términos potestativos como el art. 64.1 LA. Aunque la diferencia está solo en el texto. GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET afirmaban, en relación con el art. 158 LA 1879, que la declaración de caducidad por incumplimiento de condiciones era discrecional, y para ello se apoyaban en Auto del Tribunal Contencioso de 6 de febrero de 1902 (Ob.cit., p.382). Según estos autores, cuando se incumplían las condiciones esenciales se trataba ya de un aprovechamiento distinto del concedido, un aprovechamiento sin título (p.383)

⁵⁴ STS 20 octubre 1990 (Az.8295): autorización para alumbramiento de aguas.

⁵⁵ De acuerdo con los Dictámenes del Consejo de Estado en expedientes de caducidad de concesiones de dominio público marítimo-terrestre, hay incumplimiento de condiciones esenciales en los casos que siguen (Las citas se corresponden con la numeración de los dictámenes originales): Cambio de

79.1 LC enumera los casos en que la Administración declarará la caducidad de la concesión (por tanto, obligación de declarar caducidad, con prohibición de rehabilitar, según el art. 161.3 RC). Junto a ello, el párrafo segundo del art. 79 LC dice que en los demás supuestos de incumplimiento la Administración podrá declarar la caducidad. Este podrá hay que entenderlo como facultad secundaria frente a la ejecución forzosa, que es la consecuencia normal del incumplimiento del modo. El art. 107 LC prevé la ejecución forzosa tanto para las multas como para las responsabilidades administrativas, y pienso que en este concepto se pueden incluir las obligaciones modales. En consecuencia, ante el incumplimiento de un modo la primera consecuencia jurídica debe ser la multa coercitiva (art.107.3 LC) o la ejecución subsidiaria

destino: de chalet a oficina inmobiliaria (DCE 367/91/LD); cambio de destino: de almacén para utensilios de pesca a edificio para vivienda habitación (DCE 1028/91/413/91/RG); no uso y conservación de construcción para fábrica de maderas (DCE. 1485/91/RG); no cumplimiento de uso concedido: edificio para secado y ahumado de pescado que se utiliza como bar y hostel (DCE. 1484/91/JR); incumplimiento del fin: de casetas de baños a tres plantas de apartamentos (DCE 1296/91/ML); no instalación del sistema de evacuación de aguas aprobado, con riesgo higiénico sanitario (DCE 1483/91/RL); cambio de destino en concesión para desecación de marisma: de uso agrícola a vertedero (DCE 72/92/LD); ocupación de otras zonas de dominio público más allá de las concedidas (DCE 74/92/RL); no realización de obras conforme al proyecto (DCE 268/92/RL); 67% de exceso de ocupación (DCE 1020/91/RG); incumplimiento de plazos para realizar obras (DCE 1768/91/MM); cambio de destino: de edificación para conservas de pescado a jardines, pistas de tenis y piscina (DCE 1071/92/MM); no conservación de las obras para saneamiento de marisma (DCE 1063/91/RL); alteración de destino en concesión para desecación de marisma: de uso agrícola a vivienda unifamiliar (DCE 73/92/RL).

Entre los escasos supuestos en que el Consejo de Estado informa contra la declaración de caducidad se encuentran: cambio de destino, de casa para vivienda y baños a hotel. En este caso el cambio de uso era de antiguo conocido, por lo que la declaración de caducidad vulneraría el principio de equidad (DCE 367/91/LD); inejecución de obras debido a no otorgamiento de licencia municipal (DCE 1135/91/55.418/RL).

(art.107.4 LC), sólo subsidiarimente podrá declararse la caducidad⁵⁶. Y en todo caso, sólo cuando la cláusula modal

⁵⁶ Esta afirmación tiene también apoyo en la Disposición 24 a) del Pliego de Condiciones Generales de concesiones de costas (PCGCC: O.M. de 8 de noviembre de 1985). Reza el precepto: "La Jefatura de Puertos y Costas podrá inspeccionar en todo momento el estado de conservación y mantenimiento de las obras y terrenos concedidos y señalar las reparaciones y otras acciones que deban realizarse para el cumplimiento de los términos de la concesión, quedando obligado el concesionario a ejecutarlas en el plazo que se le indique y en la forma establecida en la anterior condición 23. Si el concesionario no realizara estas actuaciones en el plazo establecido, el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo podrá imponerle una sanción económica que no exceda del 10 por 100 del presupuesto total de las obras autorizadas, concediéndole un nuevo plazo de ejecución. Si el concesionario no ejecutara las reparaciones en este nuevo plazo, se procederá a la incoación del expediente de caducidad de la concesión". Y esta disposición se completa con la condición 39 PCGCC: "Cuando el concesionario obligado a ello no lleve a cabo las acciones que se le ordenen por la Administración, en aplicación de las condiciones correspondientes, ésta, de conformidad con el artículo 106 de la Ley de Procedimiento Administrativo (vid. ahora art.98 LRJAP) podrá proceder a su ejecución subsidiaria, siendo el importe de los gastos, así como de los daños y perjuicios a cargo del concesionario". (Con el mismo tenor, para la extracción de áridos, la condición 25. de su Pliego de Condiciones Generales, en la misma O.M. citada)

De estos preceptos se deduce cuál sería el régimen propio de incumplimiento de una cláusula modal: requerimiento de cumplimiento; multa coercitiva, con nuevo plazo de cumplimiento, o ejecución subsidiaria; en última instancia, revocación (caducidad, según el PCGCC). Un ejemplo se encuentra en el caso que da lugar al DCE 1769/1991/MA: la concesión incluye una cláusula: "El titular o beneficiario de las obras a que se refiere la presente autorización vendrá obligado, en el plazo de tres meses, a demoler la verja que cierra la zona ajardinada, con la advertencia de que, transcurrido dicho plazo, procederá la Administración por sí misma a la ejecución de este acuerdo, conforme a lo previsto en el art. 106 LPA". En relación con esta cláusula declara el Consejo de Estado que la Administración no puede declarar la caducidad, sino sólo ejecutar subsidiariamente.

tenga suficiente entidad⁵⁷

Ahora bien, el listado de casos en que la Administración deberá declarar la caducidad (art.79.1 LC) contiene tanto condiciones como cláusulas que en mi opinión son modales. Hay caducidad referida a condiciones en los siguientes casos: no iniciación, paralización o no terminación de las obras injustificadamente durante el plazo que se fije (letra a.)⁵⁸; alteración de la finalidad del título (letra d.)⁵⁹; privatización de la ocupación cuando la misma estuviese destinada a la prestación de servicios al público (letra g.); invasión del dominio público no otorgado (letra h.); aumento de la superficie construida, volumen o altura máxima en más del 10 por 100 sobre el proyecto autorizado (letra i). Pero en este listado se incluyen también las siguientes cláusulas, que responden al concepto de modo que se ha expuesto arriba:

⁵⁷ Según DCE 40.024/1975, N.Marg.129, p.140, el impago de un canon insignificante no puede determinar, por exigencia del principio de proporcionalidad, la caducidad de la concesión (vid. también LAFUENTE, Ob.cit., p.98, nota 146)

⁵⁸ Todavía en relación con la legislación anterior a la LC 1988, dice la STS 5 diciembre 1990: "el requisito del incumplimiento del mismo (del plazo de finalización de las obras) es objetivamente de suficiente importancia para la declaración de la caducidad de la concesión" (concesión de desecación de marismas).

En el caso de que el incumplimiento de los plazos haya sido justificadamente se aplica el art. 155 RC, según el cual la Administración podrá prorrogar el plazo (y a contrario, podrá no declarar la caducidad). Resulta de ello que sólo es condición resolutoria el incumplimiento injustificado de los plazos de obras. Según esta interpretación, la prórroga del plazo de las obras ya no es potestativo, como afirma la Disposición 19 a) PCGCC.

⁵⁹ En estos casos, la jurisprudencia anterior vigente la LC 1969 había declarado reiteradamente que el incumplimiento del fin del concesión era causa de caducidad. Así, STS 25 marzo 1991 (Az.2503): desecación de marismas; STS 3 abril 1991 (Az.3451): concesión en puerto; STS 10 abril 1992 (Az.3011): conservación -no sólo realización- de las obras de cerramiento y saneamiento de marismas. Vid. también la Doctrina del Consejo de Estado citada diez notas más arriba.

incumplimiento de las condiciones que se hubieran establecido como consecuencia de la previa evaluación de sus efectos sobre el dominio público marítimo terrestre (letra e.); no constitución del depósito requerido por la Administración para la reparación o el levantamiento de las obras e instalaciones (letra j). En estos casos, el legislador ha elevado a la categoría de condición resolutoria potestativa lo que conceptualmente serían modos. Lo mismo ocurre con el impago de canon o tasas en plazo superior a un año (letra c); el canon es un modo (vid supra III B) f.), pero el legislador bien puede considerar que un incumplimiento muy cualificado (impago superior a un año) pasa a ser ya un supuesto de condición resolutoria.

También según el art. 79.1 1) LC la Administración deberá declarar la caducidad "por incumplimiento de otras condiciones cuya inobservancia esté expresamente sancionada con la caducidad en el título correspondiente⁶⁰". En este caso ya no es el legislador, sino la Administración, quien califica en el caso concreto una cláusula como condición o modo⁶¹. Pero hay que entender que esta facultad está estrechamente vinculada: por el fin de la ley: arts.103.1 y 106.1 CE (sólo se puede calificar como condición la cláusula esencial o imprescindible para el cumplimiento del fin primordial de la ley); por el principio de proporcionalidad: arts. 1.1; 103.1; 106.1 CE (la caducidad, como consecuencia

⁶⁰ Así estaba anteriormente previsto en la condición 38 PCGCC, que permitía al PCPP la fijación de supuestos de caducidad en cada título concesional. Aunque la calificación de cada cláusula en el título tiene valor relativo; en este sentido el Consejo de Estado resta valor a una cláusula de la concesión según la cual cualquier incumplimiento del concesionario determina la caducidad del título (DCE 1054/1991, N.Marg.90, p.409).

⁶¹ Por ejemplo, según la Disposición 21 a) PCGCC, la no presentación del certificado final de obras es incumplimiento de condición que llevará necesariamente a la incoación del expediente de caducidad de la concesión

jurídica más restrictiva debe ser adecuada, exigible y ponderada entre los bienes jurídicos en juego); por el principio de igualdad: art.14 CE (motivación suficiente - art.54.1 c) LRJAP- para calificar como condición lo que en otros títulos otorgados es un modo); por el principio de seguridad jurídica: art.9.3 CE (precisión detallada de qué tipo de incumplimiento determinará la caducidad).

El incumplimiento de las condiciones resolutorias potestativas no supone en Derecho administrativo la extinción "ipso iure" del acto (vid. supra Cap.4 VI C) b).). Por ello no hay incongruencia en el art. 262 RDPH al disponer que ante el incumplimiento de condiciones de la autorización de vertido la Administración debe previamente fijar un plazo para "regularizar" la situación. Sólo transcurrido ese plazo se puede iniciar el expediente de caducidad.

En el caso de la autorización de vertido en aguas continentales los datos normativos son vagos. Según el art. 97 LA, la autorización de vertido puede ser revocada por el incumplimiento de sus condiciones, y "esta revocación llevará consigo la caducidad de la correspondiente concesión". Caducidad y revocación no se distinguen en el texto de la LA. Pero en todo caso hay que afirmar que tampoco el incumplimiento de cualquier "condición" de la autorización de vertido permite la revocación.

D) Término.

Todas las concesiones deben incluir por lo menos término final (cfr.:arts 102; 180.1 a); 187 e) RDPH; art.66.2 LC; art.126 LPE; art.80.3 RBEL). Y la concesión de aguas, según el art. 115.2 b) RDPH, también término inicial. Es una cláusula de obligatoria inclusión, pero que necesita

concreción por la Administración⁶². Y porque es necesaria concreción, porque hay un ámbito de decisión (vid. supra Cap.2 V), es por lo que el art. 130.4 RC da criterios para determinar el plazo de cada concesión de dominio público marítimo-terrestre (entidad de la petición, adecuación al medio, grado de interés, volumen de inversión⁶³)

En la concesión de dominio público marítimo terrestre el vencimiento del plazo de otorgamiento determina "ipso iure" la extinción del título (art. 78.1 a) LC). En cambio, en la concesión de aguas la llegada del término final no extingue automáticamente la eficacia de la concesión de aguas, hace falta declaración de extinción (art.51.2 LA), lo que contradice el concepto de "término" (vid. supra Cap.3 III B).).

La eficacia de la concesión de aguas admite prórroga, más allá de la llegada del término. En dos supuestos:

a) Concesiones para riego o abastecimiento de población (art.51.3 LA). Según la LA, el concesionario podrá obtener una nueva concesión. Pero sigue siendo un supuesto de prórroga. Y a ella no hay derecho subjetivo, ni tampoco es una facultad reglada de la Administración; es ejercicio de

⁶² Con el mismo contenido: art. 8 V WHG. Según BREUER (Ob.cit.,p.175), el término final se fija con "discrecionalidad de explotación" (Bewirtschaftungsermessen).

⁶³ En la Dirección General de Costas, el dato fundamental para la fijación del término es la posibilidad de amortización de las obras y la previsibilidad de un cambio de situación, por ejemplo como consecuencia de una obra pública. Una deficiente aplicación administrativa de los criterios legales para la concreción del término puede ser corregida por los Tribunales: STS 5 mayo 1993 (3394): anulación de plazo de 20 años (y sustitución por otro de 30 años), debido a la magnitud de la inversión del concesionario; aunque aquí parece que el Tribunal sustituye a la Administración en el ejercicio del margen de discrecionalidad que le otorga la ley.

discrecionalidad administrativa, aunque estrechamente vinculada (vid. supra Cap.3 IV). Y por supuesto que no se puede otorgar contra las nuevas previsiones del Plan Hidrológico, no sólo del Nacional (art.51.3 LA), sino tampoco del de cuenca (art.142.1 RDPH).

b) Prórroga para facilitar la amortización de obras (art.57.6 LA). Tampoco es una facultad reglada, sino discrecional -vinculada- y de interpretación estricta (acreditación de posibles perjuicios; sólo una vez; por límite máximo de diez años). Y tampoco se puede otorgar contra las previsiones del Plan Hidrológico de Cuenca.

Para la concesión de costas, el art. 81.1 LC prevé la prórroga del término final, pero muy restrictivamente: cuando la prórroga este expresamente prevista en el título concesional⁶⁴. Y aun en este caso no hay derecho a la prórroga, sino que podrá ser otorgada a juicio de la Administración.

E) Reserva de revocación.

El art. 63 LA fija los casos en que una concesión de aguas puede ser revocada (revisada, dice la ley). En unos casos con indemnización y en otros sin ella. Respecto de este régimen revocatorio algunas concesiones contienen cláusulas "contra legem"⁶⁵, que por definición son nulas (vid.supra

⁶⁴ Y de hecho, en la práctica de la Dirección General de Costas la inclusión de la cláusula de prórroga es un posibilidad poco utilizada.

⁶⁵ Así, en una concesión para aprovechamiento hidroeléctrico en la Confederación del Tajo se contiene la siguiente cláusula:

"A partir de los 25 años, la Administración podrá, mediante resolución motivada, declarar extinguida la concesión cuando el aprovechamiento no se adecúe al Plan

Cap.13 III A) b) bb).). También se incluyen en este capítulo la fijación, por cláusula accesoria, de un régimen de valoraciones peculiar, para el caso de expropiación de la concesión⁶⁶. No parece que la Administración pueda disponer sobre el régimen legal de expropiación, ni aceptar el sometimiento del particular a dicha cláusula (el particular no estaría renunciando a un derecho subjetivo, sino a la ley: vid. supra Cap.12 II B).).

La cláusula de precario está autorizada por el art. 53.3 LA para un caso peculiar: caudales reservados y no utilizados. Esta cláusula es, según el art.108.4 RDPH, preferible a la denegación de la concesión⁶⁷.

También las concesiones pueden contener reservas de modificación. Un ejemplo típico se da en las concesiones de

Hidrológico o en el caso en que la continuación de la explotación no conviniera al interés público, sin que el concesionario tenga derecho a indemnización alguna por aplicación del art.63 de la Ley de Aguas ni por ninguna otra razón. En este supuesto de extinción sólo revertirán al Estado gratuitamente y libre de cargas las obras que hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para explotación del aprovechamiento".

⁶⁶ De este tipo es la siguiente cláusula, en una concesión de la Confederación Hidrográfica del Tajo: "En caso de que procediera la expropiación forzosa durante los 25 primeros años de la concesión del aprovechamiento, por ocurrir los requisitos legales para ello, la correspondiente valoración se determinará, previa tasación, por el coste actualizado de la parte no amortizada de las obras e instalaciones. El cálculo de la amortización se hará en base a un período de 25 años. En la valoración se incluirán los gastos de primer establecimiento efectuados por el concesionario, incluidas sus cargas financieras, en la parte que deba considerarse no amortizada, pero no serán objeto de compensación los futuros posibles beneficios del concesionario"

⁶⁷ Otro supuesto de precario existe en el art.175 RDPH para las aguas sobrantes de explotaciones mineras, pero entonces se trata de un precario "iuris", la concesión siempre es, por mandato legal, precaria.

arrecifes, donde la Dirección General de Costas suele incluir una reserva de modificación de la ubicación del arrecife artificial, en caso de que se aprecie la conveniencia de aprovechar bancos de arena.

CUARTA PARTE: PROCEDIMIENTO Y PROCESO

CAPITULO 20:
PROCEDIMIENTO DE FIJACIÓN DE CLÁUSULAS ACCESORIAS.

Los actos administrativos favorables son, en principio, rogados. La resolución administrativa se determina en el curso de un procedimiento que se inicia con la solicitud del particular. Pero entre solicitud y resolución no hay automatismo. Otros particulares (interesados) y otros órganos administrativos pueden intervenir en la fijación del contenido de la resolución. Además, tanto Administración como solicitante tienen un ámbito de modulación del contenido del acto. Se analiza aquí el procedimiento administrativo desde la instancias que intervienen en la fijación del clausulado de la resolución.

I. Propuesta de cláusulas accesorias por el propio particular.

La solicitud es "el patrón de la futura resolución"¹ En la solicitud se contiene una propuesta de cláusulas accesorias, que se somete a la consideración de la Administración. Pero aunque la propuesta guíe la futura resolución, no por ello voluntad del particular y decisión administrativa están al mismo nivel. Aquí la solicitud del particular es requisito o fase del procedimiento, no voluntad negocial creadora².

¹ MÖBLE, Ob.cit., p..194

² KRAUSE, Die Willenserklärungen... cit., p.299. La desigualdad entre voluntad del particular y decisión administrativa es precisamente una de las notas por las que FLUME distingue el negocio jurídico del acto administrativo (Ob.cit., p.44). WOLFF llegó aún más lejos al delimitar el

Así en la licencia de apertura. La solicitud ha de contener ya la descripción de la actividad proyectada y las "medidas correctoras" (condiciones y modos) que se pretenden instalar³ En esta solicitud se contiene ya en gran medida lo que luego será el clausulado accesorio de la licencia.

Ante esta solicitud la Administración puede apreciar disconformidad con el contenido de la norma (en cuanto a los elementos reglados del acto o en cuanto al fin de la norma) o la necesidad de proteger con cláusulas accesorias el interés público o de terceros. Ello se realiza con tres tipos de actuaciones: fijación unilateral de cláusulas accesorias; requerimiento de mejora de la solicitud; acuerdo o pacto con el particular solicitante.

contrato del acto administrativo: en el acto administrativo la voluntad del particular podía ser condición de validez o de eficacia, pero no determinante del contenido, esto último sólo era posible en el contrato (Ob.cit., Cap.48 III). A mi juicio, afirmar que Administración y particular (sus voluntades) no están al mismo nivel no exige negar categóricamente la facultad del particular de participar en la determinación del contenido del acto administrativo; buena prueba de ello es nuestro art. 88 LRJAP, que permite que Administración y particular pacten, incluso "vinculantemente", el contenido de un futuro acto administrativo.

³ Cfr. arts.: 29 RAMINP; 1 DREM; 4.1 Instrucción de 1963; 92 OETLM; 36 y 41 RGPE. Para la autorización de actividades productoras de residuos tóxicos: art. 10.2 R.D. 833/1988; también, en relación con la solicitud de concesión de costas: arts. 85.3 y 92 i) RC; para la concesión de aguas: art. 104 RDPH; para la autorización de vertido: arts.246 l.d) y 251 b) RDPH

II. Fijación unilateral de cláusulas accesorias por la Administración

Sobre la solicitud del particular la Administración modifica o introduce cláusulas, sin más participación del particular en el procedimiento. La Administración dicta un acto con "cláusulas accesorias"⁴. El problema que aquí se plantea es: si el acto es rogado, la resolución administrativa ha de ser congruente con la solicitud, ¿Cómo puede entonces la Administración introducir en la resolución cláusulas no mencionadas en la petición? De esta forma resultaría que "la licencia concedida (con condicionamientos) no sería la solicitada"⁵. Además, un acto modificado por la Administración, en relación con la solicitud, puede dejar de ser interesante para el particular.

El art. 93.1 LPA había relativizado el principio de congruencia en el procedimiento administrativo, en relación con el principio de congruencia procesal del art. 359 LEC⁶. Pero sin excesos: se permite decidir sobre otras cuestiones, siempre que éstas estén enmarcadas en las pretensiones del particular⁷. El art. 89. 1 y 2 LRJAP ha reforzado diferenciadamente la congruencia administrativa. Distingue entre "cuestiones plantadas por los interesados" y cuestiones conexas, "derivadas del mismo (del procedimiento)". Esta distinción permite una aplicación del principio de

⁴ Que en todo caso han de basarse en informes técnicos que desvirtúen la propuesta de contenido formulada por el solicitante (STS 7 noviembre 1990, Az.8750)

⁵ STS 19 junio 1979 (Az.2958)

⁶ GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II, cit., p.430; BOQUERA, Estudios...cit., p.217; GUAITA, voz "Incongruencia de actos administrativos", en NEJ XII, Barcelona, 1965, p.181

⁷ GARCIA MACHO, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.761

congruencia graduada a los distintas cláusulas de la resolución, como sigue:

Partimos de la distinción entre dos tipos de cláusulas accesorias "rectoras", condición potestativa y modo⁸. Para cada una de ellas actúa diferenciadamente el principio de congruencia. La condición potestativa es parte esencial del acto. Y por ello, la incorporación de una condición por la

⁸ WEYREUTHER (Ob.cit., pp.239 y ss), iniciando una polémica aún viva en Alemania distingue, para la aplicación del principio de congruencia, entre:

a) otorgamiento ligeramente alterado, respecto de la solicitud (compatible con el principio de congruencia);
 b) modo referido a un objeto externo a la resolución misma;
 c) modo que altera la esencia misma del acto: "modo modificatorio" (modifizierende Auflage). Esta última cláusula abarca todas las posibles variaciones sustanciales que la Administración incluye en relación con lo solicitado. Y es un modo porque grava al particular respecto de lo querido.

La creación del "modo modificatorio" es consecuencia del formalismo de la doctrina alemana y de la práctica inutilidad de la condición potestativa, debido a su rigidez (efectos "ipso iure"). La doctrina actual (no tanto la jurisprudencia) es muy crítica con este "nuevo tipo" de cláusula. Así WOLFF/BACHOF (Ob.cit., p.411): el "modo modificatorio" no es más que una denegación parcial o una denegación total con una propuesta para un acto distinto; MAURER (Allgemeines...cit., Cap.12, párr.16): el "modo modificatorio" es en realidad una "limitación interna" (inhaltliche Einschränkung), una modificación del acto (Veränderung des Verwaltungsaktes) o una "licencia modificada" (modifizierte Genehmigung); ELSTER (Ob.cit., pp.158-159): una cosa es un recorte respecto de lo solicitado (Einschränkung) y otra muy distinta la imposición de un gravamen, de un modo (Auflage); MEYER/BORGS (Ob.cit., art.36, párr.20.6): el modo modificatorio existe, pero la modificación de contenido que representa no puede afectar esencialmente al contenido del acto; STELKENS/BONK/LEONHARDT (Ob.cit., pp. 605 y 606): lo propio del modo es su ejecutividad independiente, y ello no ocurre cuando el modo se integra en el contenido mismo del acto; EHLERS (Ob.cit., p.382): las cláusulas administrativas que modifican esencialmente la solicitud del particular son en realidad condiciones.

En derecho español, debido a la configuración flexible de la condición (vid. supra Cap.4 VI C) y D.) no tiene ninguna utilidad la formulación de un concepto de "modo modificatorio".

Administración determina un acto distinto al solicitado. En consecuencia, rige aquí el principio de congruencia con especial rigor⁹. Según los términos del art. 89.2 LRJAP¹⁰: "La resolución será congruente con la petición formulada por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial...". El precepto impide, en todo caso, el otorgamiento de un acto distinto del solicitado, pues esto es un caso paradigmático de incongruencia.

¿Resulta entonces imposible la inclusión de condiciones? Ante esta situación de bloqueo se pueden ofrecer varias salidas:

1. Una falta de solicitud suficiente por el particular (que no cubre las condiciones) es un vicio de procedimiento que determina anulabilidad (art. 63.2 LRJAP)¹¹, subsancable por el particular mediante una "solicitud a posteriori"¹², que puede ser precisamente la aceptación del acto.

2. El acto administrativo está condicionado en su

⁹ En contra HÖNIG (Ob.cit., p.116), con una visión flexible del principio de congruencia, que permite amplias "limitaciones" y "modificaciones" respecto de la solicitud.

¹⁰ Párrafo de nueva introducción, en relación con el art. 93.1 LPA

¹¹ Se considera, por tanto, que no es un acto "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", lo que determinaría nulidad de pleno derecho (art. 62.1 e LRJAP)

¹² El mismo resultado para la VwVfG en STELKENS/BONK/LEONHARDT, Ob.cit., pp.606-607; MAURER, Allgemeines...cit., Cap.12, Párr.16. Esta doctrina tiene especial apoyo en el art. 45 I 1 VwVfG, que permite la subsanación de un vicio de anulabilidad (no nulidad) cuando el acto sea rogado y el particular presente su solicitud tras ser dictada la resolución. En contra OBERMAYER (Kommentar...cit., p.699): la falta de solicitud es un vicio de nulidad radical del art. 44 VwVfG

eficacia a la aceptación de la condición por el particular. Es un acto "necesitado de aceptación" (Zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt); y la aceptación se manifiesta por actos concluyentes¹³.

3. En realidad, el acto dictado por la Administración es una propuesta, que sólo se convierte en acto administrativo previa aceptación del particular¹⁴.

Distinta es la aplicación del principio de congruencia en relación con los modos. Éstos no determinan una alteración cualitativa de lo pedido, sino un añadido, solución de otras cuestiones anejas o derivadas (protección de otros intereses públicos, de terceros). Caben dos tratamientos en el marco del procedimiento administrativo:

a) El modo es un acto (de gravamen) absolutamente independiente. No es un acto rogado, sino dictado de oficio por la Administración, según el modelo de la orden de policía. Entonces, al no haber solicitud no habría problemas de congruencia. Esta solución es formalmente correcta, pero falaz. El modo, en la medida en que está conectado a un acto favorable, no puede tratarse ya como acto independiente.

b) El modo es sólo relativamente independiente. Se forma y dicta en el marco de un sólo procedimiento, el del acto favorable. Se aplica entonces el art. 89.1.2 LRJAP, que permite a la Administración resolver "cuestiones conexas", si

¹³ Esta explicación es la que defiende en la doctrina alemana WEYREUTHER, ob.cit., p.295 (aunque con poca claridad); y parece que también la acoge nuestra jurisprudencia en STS 19 junio 1979 (Az.2958).

¹⁴ Walter JELLINEK, Verwaltungsrecht, cit., p.261

bien con la obligación de abrir un plazo de alegaciones¹⁵. Esta es la solución más congruente con el concepto de modo que defiende en este estudio.

III. Mejora o subsanación de la solicitud.

Sobre la propuesta de determinaciones y clausulado dicta la Administración un requerimiento de subsanación de deficiencias, tras una primera evaluación administrativa del proyecto. Esta posibilidad la prevé, con carácter general, el art. 71.3 LRJAP: "En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados , el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntaria de los términos de aquélla..." Una regulación precisa se encuentra para la licencia de apertura en los arts: 9.1 RSCL; 33.2 RAMINP; 24.5 OETLM; 19 LPMA-Madrid; y para la concesión de aguas en el art. 108.3 RDPH). La subsanación de deficiencias por el petitionerario constituye una novación de la solicitud, lo que permite que el posterior otorgamiento del acto sea plenamente congruente con la solicitud¹⁶. Con el instrumento de la subsanación o mejora de la solicitud se limita la extensión de las cláusulas accesorias unilateralmente impuestas por la Administración.

¹⁵ En relación con los modos de protección en el "Planfeststellungsbeschuß" afirma MÖBLE (Ob.cit., pp. 196 y 235) que se dulcifican los rigores procedimentales, en concreto la audiencia tanto al solicitante como al afectado. En ambos casos porque el modo les beneficia, no les grava. Al solicitante, porque sin la inclusión del modo de protección la Administración no podría dictar el acto; al tercero, porque el modo sirve precisamente para protegerle de perjuicios.

¹⁶ En términos similares, LOPEZ PELLICER, Ob.cit., p.78

En ocasiones, por la poca precisión de las notificaciones, sobre todo de licencias municipales, los requerimientos de subsanación se confunden con "condicionamientos suspensivos"¹⁷. Pero no se deben confundir ambas cosas. En el requerimiento de subsanación aún no hay acto administrativo, mientras que sólo se entiende la condición suspensiva dentro de un acto ya dictado.

El requerimiento para subsanación de deficiencias en el proyecto también hay que distinguirlo del requerimiento para completar documentalmente la solicitud (art. 71.1 LRJAP¹⁸); aquí no se trata de modificar la solicitud, sino de completar formal y documentalmente una solicitud presentada incompleta o defectuosa (cfr. arts. 21.3 y 24.5 OETLM).

IV. Cláusulas accesorias pactadas entre Administración y particular

A) Acto, convenio y cláusulas accesorias.

La práctica administrativa muestra a menudo que solicitante y Administración no se enfrentan en el procedimiento administrativo, sino que consensúan el contenido de la resolución¹⁹. Y no sólo en los actos con

¹⁷ JIMÉNEZ-BLANCO, Ob.cit., p.1193 (Comentando la STS 13 marzo 1984, Az.1328)

¹⁸ Tras la reforma de la LPA por la LRJAP 1992 esta afirmación toma pleno sentido. El texto del art. 71.1 LRJAP (que se corresponde con el anterior art. 71 LPA) se refiere a "subsana las faltas...". El sentido de este precepto hay que contraponerlo al nuevamente introducido art. 71.3 LRJAP: "...modificación o mejora voluntaria de los términos (de la solicitud)"

¹⁹ Para Derecho de subvenciones en Alemania: KRÜGER, Ob.cit., p.453

elementos discrecionales, también en las licencias regladas²⁰. Esta "bilateralidad" en la formación de la resolución administrativa se muestra, precisamente, en la inclusión de condiciones y modos²¹. En Derecho alemán, la pureza de la distinción entre acto y contrato ha sido desbordada justamente mediante cláusulas accesorias²²: Primero, la doctrina se opuso a que el contrato entrara en el dominio de la resolución²³. Y cuando el contrato estaba arrinconado, el acto asumió uno de sus elementos más flexibles, las cláusulas accesorias. En éstas, por tanto, se da un cierto carácter consensual, recuerdo de su origen²⁴.

²⁰ STS 27 febrero 1981 (Az.694): "No estaría de acuerdo con el Derecho Natural, privar por entero a los implicados en una situación urbanística de todo protagonismo en la conformación del acto que venga a resolver dicha situación (la licencia de obras).

²¹ VILLAR, La intervención...cit., pp.212-213

²² El concepto rígido de distinción entre acto y contrato se encuentra en WOLFF/BACHOF (Ob.cit., Cap. 48 III), para quienes la voluntad del particular, en el acto administrativo, no puede ser determinante del contenido del acto, sólo puede ser condición de eficacia o de validez.

²³ Ejemplarmente, BULLINGER: "Esta venta de actos jurídico-públicos entra en conflicto con el principio de legalidad de la Administración, introduce principios negociales en la Administración resolutive y podría caer cerca del tipo penal del cohecho" (Vertrag...cit., p.112). El rechazo al contrato sigue hasta hoy, pese a ser reconocida en la codificación del procedimiento administrativo: vid. LECHER, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, BayVBl 1992, pp.546-547

²⁴ BULLINGER, Vertrag...cit., p.78 (en tono tremendamente crítico). No comparto el reproche que hace WEYREUTHER (Ob.cit., p.296) a BULLINGER, pues éste último no sostiene que los modos sean "contraprestación" por la consecución del acto, más bien critica esta concepción de las cláusulas accesorias (cfr. BULLINGER, Vertrag...cit., pp.54,71,77,78,85,112)

Vemos que las cláusulas accesorias son un instrumento consensual dentro del acto administrativo. Y en esa medida, las cláusulas accesorias deben ser explicadas dentro del art. 88 LRJAP²⁵. El precepto introduce los convenios entre Administración y particular al margen de la legislación de contratos del Estado, como una cuestión de procedimiento administrativo. Su fundamento está en el mandato constitucional de audiencia al ciudadano (art. 105 c) CE) y en el de eficacia de la Administración (art. 103 CE)²⁶, más que en la autonomía de la voluntad del art. 3 LCE²⁷.

²⁵ Art.88 LRJAP:

1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios, o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendando, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán en todo caso la aprobación expresa del Consejo de Ministros, los acuerdos que versen sobre materias de la competencia directa de dicho órgano.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.

²⁶ Aunque, como afirma LECHER en tono crítico, está verdaderamente por probar que la Administración económica, medioambiental o técnica sea más eficaz con la forma jurídica del contrato que con el acto (Ob.cit., p.546)

²⁷ La doble regulación de los contratos a que se ha llegado en nuestro Derecho (LCE y LRJAP) puede llevar a confusiones. Ante ello hay que afirmar que los contratos de la Administración con particulares son: 1. Contratos administrativos, nominados e innominados, que regula la Ley

de Contratos del Estado y legislación especial; 2. Contratos privados de la Administración, del Código civil o leyes mercantiles. Los convenios de la LRJAP son, más que contratos, terminación o instrucción convencional de un procedimiento en principio unilateral y resolutivo. Por tanto, a salvo de las regulaciones concretas que prevé el art. 88 LRJAP (y sin las cuales no se puede aplicar el art. 88 LRJAP: MENENDEZ REXACH, *Procedimientos...cit.*, p.264), la ley general de aplicación es la de procedimiento administrativo (LRJAP), lo cual no significa que se someta al convenio al mismo régimen jurídico del acto, sino a los principios normativos del procedimiento; la legislación de contratos del Estado no es de aplicación supletoria, menos aún la de los contratos civiles o mercantiles

Se puede establecer una comparación entre la regulación de los convenios de la LRJAP y la regulación de los convenios administrativos de subordinación del Título IV VwVfG. En primer lugar, resulta que los clásicos contratos administrativos (los de la LCE) no están contemplados, en ninguno de los dos países, como categorías del procedimiento administrativo. Es cierto que el art. 54 VwVfG permite con carácter general los contratos jurídico-públicos (MAURER, *Allgemeines...cit.*, Cap.14, párr.26). Pero el concepto de contrato jurídico-público de la ley de procedimiento alemán no se corresponde con el de contrato administrativo en Derecho español. En Alemania, las obras públicas se hacen mediante contrato de arrendamiento de obra (arts. 631-651 BGB), y lo mismo para los suministros etc. Un contrato es allí público, no porque haya "vinculación con un servicio público", como en el art. 4.2 LCE, sino, como criterio más aceptado, porque el objeto del contrato es público (un convenio expropiatorio, un acuerdo para el otorgamiento de una dispensa urbanística, contrato sobre una obligación o un derecho de un particular...: MAURER, *Allgemeines...cit.*, Cap.14, párr.11). Por tanto, los contratos de obra pública suministros etc. no son, ni en Derecho alemán ni en Derecho español, convenios de las leyes de procedimiento. Y a partir de ahí sí que son comparables los convenios del art. 88 LRJAP con los de los arts 54 y ss. VwVfG. Dentro del concepto limitado de contrato jurídico público, el art. 54.2 VwVfG define una categoría de ellos: "En concreto, la Administración puede, en lugar de dictar un acto administrativo, celebrar un contrato jurídico público con aquéllos a los que dirigiría el acto administrativo". Este es precisamente uno de los posibles convenios del art. 88 LRJAP. Más allá, la VwVfG regula específicamente dos contratos de este tipo: art.55 "Contrato de compensación" (Vergleichsvertrag), por el que Administración y particular ceden parcialmente en sus posiciones, para así superar la falta de certeza en torno a una situación fáctica o jurídica;

B) Tipos de convenios.

De acuerdo con el art. 88 LRJAP tenemos tres posibilidades de pactar las cláusulas accesorias de un acto, a saber:

a) Convenios realizados en el curso de un procedimiento resolutivo, que predeterminan una futura resolución administrativa ("carácter vinculante"). El convenio no pone fin al procedimiento, supone un trámite convencional y cualificado en el mismo²⁸. En este trámite, solicitante y

ejemplo: Administración y particular convienen ya el monto de una indemnización expropiatoria, cediendo ambos en sus intereses, pese a que hay pendiente un pleito sobre la titularidad de la cosa expropiada. Y art. 56 "contrato de intercambio" (Austauschvertrag): la Administración conviene con el particular el contenido de un futuro acto administrativo, a cambio de una contraprestación del particular, por ejemplo, una dispensa urbanística: autorización discrecional para construir sobre suelo no urbanizable, que se va a otorgar a cambio de una cesión de suelo por el interesado. También para nuestro art. 88 LRJAP ha señalado MENENDEZ REXACH dos formas típicas de convenio muy similares a las arriba expuestas: el convenio de "composición" y el de "intercambio" (Procedimientos...cit., pp.265-266). Quizá la mayor diferencia entre los convenios de la VwVfG y de la LRJAP sea que nuestra ley ha incluido también los contratos "no vinculantes", lo que en Derecho alemán sigue siendo "actividad informal de la Administración" (Informelles Verwaltungshandeln).

²⁸ Por ejemplo, en la tramitación de concesión para aprovechamiento hidroeléctrico (art.12 R.D 25 mayo de 1985); también el art. 116 LA, donde ante una solicitud de concesión se procede de la siguiente forma: la Administración hace una propuesta de "condiciones" en que se podría otorgar la concesión solicitada; el particular las puede aceptar o no, pero si lo hace, "El Organismo de Cuenca otorgará la concesión de acuerdo con las mismas desde cuyo momento surtirá efectos". Esto es, el acuerdo entre Administración y particular no sustituye al acto administrativo, que es quien otorga la concesión (GALLEGO ANABITARTE, Concesión...cit., p.40), pero ahora la Administración está vinculada (no obligada: vid. infra) a dictarlo. Una regulación similar, para la autorización de vertido, en el art.249 RDPH.

Un ejemplo de convenio vinculante, también, lo da, en

Administración fijan el futuro clausulado de la resolución. ¿Supone ello que la Administración no puede ya cambiar una cláusula, imponer un modo? Dado que todavía no hay resolución (sólo "convenio de trámite"), no pueden actuar aquí los límites a la irrevocabilidad de los actos Administrativos (en este caso, convenios). Y también me parece claro que no rige el principio "pacta sunt servanda", aunque sólo sea porque el poder público (lo es el otorgar una concesión ya pactada) es "res extra commercium". Que no hay "obligación" de dictar el acto con unas determinadas cláusulas, aunque así se haya pactado, queda claro en el art. 67 LC: después de la oferta y aceptación de "condiciones" de la concesión, "la resolución correspondiente será dictada discrecionalmente...". Pero entonces, ¿Qué es la "vinculación" de que habla el art. 88 LRJAP? Llanamente: protección de la confianza legítima. Quien pacta con la Administración, en el curso de un procedimiento, puede confiar en que la Administración va a cumplir el pacto. Pero si cambian las circunstancias de interés público la Administración puede desvincularse del acuerdo. El particular obtendrá protección en la medida en que se den los requisitos de la confianza legítima (situación de confianza, gastos, ponderación del interés público: vid supra Cap.14 I C) b).)²⁹. Pero en ningún caso puede pretender con acción judicial que la Administración dicte el acto, como si de una obligación se tratase³⁰.

Derecho alemán, el art 74 I 1 VwVfG que dispone que la autoridad que ha de aprobar un "Planfeststellung" (vid. infra V C) b) bb).) analiza las cuestiones que no hayan sido ya anteriormente acordadas por la autoridad que ha preparado la resolución de acuerdo con los particulares interesados.

²⁹ A los mismos resultados se puede llegar combinando los principios de buena fé (art.7.1 C.c) o de los actos propios con la institución de la responsabilidad (art.139.1 LRJAP)

³⁰ Esta es también, a mi juicio, la solución que contiene el art. 11.4 de la Ley de procedimiento administrativa italiana de 7 de agosto de 1990, cuando ordena que:

b) Convenios en el curso de un procedimiento, sin carácter vinculante sobre la decisión final. Con estos convenios se da cauce normativo a la llamada "actuación informal de la Administración". Pues en la práctica, en el trámite de audiencia o fuera de él se llega a verdaderos acuerdos entre Administración y particular. El acuerdo tiene lugar en el marco del procedimiento, no constituye por tanto un negocio jurídico independiente. Este proceder administrativo tiene las ventajas de la flexibilidad, ahorro en costes y tiempo, mayor colaboración del particular y evitación de litigios³¹. Además resulta un medio idóneo para llevar a cabo la ponderación de intereses que exige el principio de proporcionalidad³². Y por último, la existencia de acuerdo sobre el contenido de la licencia evita la imposición unilateral de cláusulas accesorias por parte de la Administración³³. Pero frente a estas ventajas de la actuación informal, resulta también que se pierde en transparencia y previsibilidad de la actuación administrativa³⁴. Con carácter general, no se puede decir sin más que la "actividad informal" esté prohibida a la

"Por motivos sobrevenidos de interés público, la Administración podrá rescindir unilateralmente el acuerdo, sin perjuicio de la obligación de proceder a la liquidación de una indemnización por los eventuales perjuicios causados al particular" (Cita según la traducción de FANLO LORAS en RAP 124, pp.461-478). En STS 16 febrero 1993 (Az.1204) se llega a una solución similar en relación con un convenio urbanístico sobre la aprobación de un plan; según el TS, el convenio no vincula a la aprobación del plan, pero si puede dar lugar a indemnización.

³¹ ERICHSEN, Das Verwaltungshandeln, cit., Cap.35, párr.1

³² MAURER, Allgemeines...cit., Cap.15, párr.12; Vid. BVerfGE 69,315,355 y ss; 45,297,335

³³ MAURER, Allgemeines...cit., Cap.15, párr.22

³⁴ ERICHSEN, Verwaltungshandeln, cit., Cap.35, párr.3

Administración³⁵. Para nuestro Derecho, el art. 88 LRJAP viene a reconocerla como actuación administrativa, lo que significa su sometimiento al Derecho (arts.: 9.1; 103.1; 106.1 CE).

c) Convenios que por sí mismos concluyen el procedimiento. Este tipo de convenios no aporta ninguna ventaja, sino confusión, en el procedimiento administrativo. Porque para incluir actividad consensuada en el procedimiento administrativo no es necesario confundir las categorías jurídicas. Y aunque la ley lo denomine contrato, y lo sea, en todo caso sustituye a un acto administrativo, y por tanto pienso que hay que aplicar aquí los mismos límites de los otros dos tipos de convenios: límites derivados del procedimiento y del acto administrativo.

C) Límites al pacto de cláusulas accesorias.

El pacto es en todo caso aplicación de la ley. Nunca puede, por tanto, contradecir lo dispuesto por la norma. Además, el convenio predetermina una resolución o sustituye a ésta misma. Entonces, por convenio no se pueden fijar cláusulas accesorias que serían inadmisibles en el acto administrativo. Detallemos los límites que el pacto de cláusulas accesorias debe tener ex art. 88 LRJAP:

³⁵ MAURER (Allgemeines...cit., Cap.15, párr.13) la justifica así: 1.Las formas de actuación de la Administración no son "numerus clausus"; 2.El mandato constitucional de audiencia al ciudadano (para España: art. 105.c CE) no se agota en un mero "oir" sino que se extiende a una búsqueda del consenso con el particular; 3.El principio de investigación de oficio de la Administración (Untersuchungsgrundsatz) puede resultar satisfecho mediante una actuación pactada con el particular. 4.En suma la Administración debe resolver en forma óptima, lo que precisamente se puede conseguir mediante el consenso.

a) Conformidad material con el Ordenamiento Jurídico.

Se da de forma distinta en el acto reglado y en el discrecional³⁶:

aa) En el acto discrecional el acuerdo entre Administración y particular puede fijar cláusulas accesorias cuando:

1. La ley obliga a la inclusión de la cláusula accesoria, pero su concreción en el acto presenta problemas de comprobación técnica o complejas mediciones que se pueden superar mediante el acuerdo. Es el caso de los modos de protección de intereses generales (por ejemplo, modo protección del dominio público, en la concesión). La dificultad material en la fijación de las cláusulas se supera mediante un "convenio de composición", en que particular y Administración ceden en sus posiciones³⁷.

2. La ley permite la inclusión de un tipo de cláusula accesoria. O simplemente no la prohíbe. Particular y Administración pactan sobre la inclusión o no de esta cláusula y sobre su alcance. Mediante el pacto se está dando un ejercicio consensuado de la discrecionalidad administrativa. Estamos aquí ante un "convenio de

³⁶ El art. 11.1 de la Ley de procedimiento administrativo italiana de 7 de agosto de 1990 limita el convenio a la determinación del contenido discrecional de la resolución, o a sustituir ésta. En cambio, el art. 88 LRJAP no contiene ninguna limitación expresa, por lo que también es posible el convenio en el acto reglado.

³⁷ Según MENENDEZ REXACH (Procedimientos...cit., p.265) la función del "convenio de composición" es: "dirimir diferencias de criterio en la aplicación de preceptos legales al caso concreto".

intercambio"³⁸. En estos casos, Administración y particular pueden convenir una contraprestación, a cambio de una determinada cláusula. Por ejemplo, el alcance del modo de reversión en una concesión de aguas puede vincularse con una contraprestación del concesionario. Ya digo que se trata de un "convenio de intercambio". Este tipo de convenio está sometido a límites estrictos, para evitar una verdadera "venta de poder público". Así:

- En ningún caso la cláusula que se pacte puede contradecir la ley (p.ej: cláusulas de precario, donde la ley dispone revocación con indemnización).

- Tampoco puede la cláusula accesoria pactada perjudicar a terceros.

- También aquí se aplica el principio de proporcionalidad, que rige la actuación de la Administración Pública con independencia de su forma de actuación³⁹

- Ha de existir una "conexión material" entre la prestación del particular (que pasará a ser una condición potestativa o modo de la futura resolución) y la de la Administración (el beneficio mismo que otorgará el acto)⁴⁰

³⁸ Esta denominación en MENENDEZ REXACH, Procedimientos...cit., p.266

³⁹ Para los convenios de la VwVfG alemana: KOPP, VwVfG, cit., art.56, párr.13

⁴⁰ Esta exigencia está en el art.56 VwVfGE. Por ejemplo: al pactar sobre una futura dispensa urbanística (que está prevista en la ley), se fija por acuerdo un modo de contribuir a la construcción de un garaje de la ciudad, a cambio de que se libere al particular (mediante la dispensa) de construir una plaza de garaje en el edificio para el que pide la licencia (KOPP, VwVfG, cit., art.56, párr.16)

bb) En el acto reglado se pueden fijar cláusulas accesorias por pacto en lo siguientes casos:

1. Cláusulas accesorias, como por ejemplo "medidas correctoras" en licencias de apertura, cuya concreción plantea dificultades de orden técnico o económico. Mediante el acuerdo entre Administración y particular se reducen las desavenencias en torno a la integración de conceptos normativos indeterminados (como "medidas necesarias", etc). Se trata de cláusulas accesorias fijadas por "convenios de composición".

2. Pero también en el acto reglado se pueden fijar cláusulas accesorias por "convenio de intercambio". Ello tiene lugar cuando el particular no cumple con todos los requisitos que exige la ley para que la Administración pueda dictar un acto. En estos casos, el principio de proporcionalidad (Estado de Derecho: art.1.1 CE) exige que se impongan cláusulas accesorias, antes que denegar. Pues bien, estas cláusulas accesorias se pueden fijar por convenio. En este pacto el particular ofrece como contraprestación precisamente aquello que la ley ha fijado como requisito para que pueda ser dictado el acto administrativo.

b) Conformidad formal con el Ordenamiento.

El procedimiento administrativo no es sólo asunto de Administración y particular que solicita una resolución. El procedimiento administrativo es orden público y garantía de terceros. Por tanto, todo pacto debe respetar mínimas exigencias del procedimiento administrativo, a saber⁴¹:

⁴¹ Aplico a nuestros convenios los límites que ERICHSEN (Verwaltungshandeln, cit., Cap.35, párr.3) ha formulado para los convenios informales de la Administración.

-El pacto no puede sustituir o prescindir de formas esenciales en relación con una determinada resolución, Por ejemplo, cuando la Ley impone la solicitud de informes a órganos consultivos, o a otros órganos administrativos (art.82.LRJAP), y también cuando la ley impone una trámite de información pública⁴² (no siempre preceptivo: art. 86 LRJAP)

-El pacto no puede prescindir de la audiencia a terceros en el procedimiento (prevista en el art.84 LRJAP). Y "oir", en un Estado de Derecho, significa integrar la alegaciones de tercero entre los elementos de ponderación para la decisión final.

-El pacto no releva del mandato del art. 78.1 LRJAP: determinación, conocimiento y comprobación de oficio. La Administración, además de ser eficaz, a lo que se puede llegar por el convenio, ha de ser objetiva (art.103.1 CE; art. 3.1 LRJAP), lo que le impide limitarse simplemente a pactar.

c) Prohibición en materias no susceptibles de transacción.

Si se entiende este límite de forma estricta el convenio es imposible. Pues ya de principio el poder público es un bien "extra commercium", no admite transacción. Por otro lado, pienso que los derechos fundamentales no están en bloque al margen de la transacción. El derecho de propiedad, por ejemplo, es un típico derecho disponible por pacto. Es más, la facultad de transacción forma parte del derecho mismo. Esto ya ha quedado explicado al referirme al principio "volenti non fit iniuria" (vid supra Cap.12 II B).)

⁴² Porque el trámite de información pública protege a terceros, más allá de solicitante del acto y Administración: GUAITA: Derecho...cit., p.156, nota 19

d) Sólo para la satisfacción del interés público encomendado.

El convenio ha de enmarcarse en las competencias del órgano que suscribe el convenio. Ha de satisfacer el interés público que tiene encomendado, ese y no otro atribuido a otras Organizaciones jurídico-públicas⁴³. Un órgano administrativo no puede pactar sobre el ámbito competencial que ejerce otro órgano⁴⁴. Más aún. Cuando un órgano tiene atribuido el ejercicio de varias competencias no puede cumplir éstas en un sólo convenio. A ese órgano le está vedado el "acoplamiento de competencias" (vid supra Cap.12 II B).)⁴⁵.

Aquí se impone una precisión. Porque ejercer las competencias de otro órgano, sea o no de la misma Organización jurídico-pública, es bien distinto de lo que dispone el art. 4.1 b) LRJAP (ponderar, en el ejercicio de competencias propias, los intereses públicos gestionados por

⁴³ MENENDEZ REXACH, Procedimientos...cit., p.265; para los convenios de la VwVfG: KOPP, VwVfG, cit., art.56, párr.6

⁴⁴ KOPP, en relación con el art. 65 I VwVfG excluye esta posibilidad incluso en el caso de que se trate de autoridades de una misma Organización jurídico pública (VwVfG, cit., art.56, párr.11)

⁴⁵ En el art. 56 I VwVfG se añade aún otro límite: la contraprestación del particular (que se suele configurar como un modo económico del acto administrativo que ahora se acuerda) ha de servir a un fin preciso, no sólo al ejercicio de la competencia del órgano. Por ejemplo: pacto para otorgamiento de dispensa urbanística; el solicitante de la dispensa acepta que se incluya una modo económico, pero esa carga modal ha de estar expresamente referida a un concreto interés público, por ejemplo la construcción de un parque infantil. La Administración sólo podrá exigir el cumplimiento del modo para el fin al que está vinculado (cfr. KOPP, VwVfG, cit., art.56, párr. 10).

otras Administraciones)⁴⁶. Ponderar otros intereses públicos es incluirlos en la formación de la resolución. E incluso incluir éstos intereses en la decisión o pacto. Se ponderan otros intereses y competencias, por ejemplo, incluyendo cláusulas modales, condiciones o reservas de revocación. Esto no es ejercer competencia ajena, sino hacer compatible el ejercicio de la competencia propia con la de otros órganos administrativos.

V. Cláusulas accesorias propuestas o impuestas por otros órganos administrativos.

A) Instrucciones y órdenes de servicio.

El cargo jerárquicamente superior de un órgano administrativo puede dirigir la actividad de las cargos inferiores mediante instrucciones y órdenes de servicio (art.21 LRJAP). Así participa un cargo superior en la determinación del contenido de la resolución de un inferior. La cláusula que imponga el cargo inferior seguirá siendo cláusula accesoria (la fija la Administración, no la ley), pero habrá perdido la característica fundamental de aquélla: conseguir la justicia en el caso concreto⁴⁷.

B) Cláusulas accesorias para el ejercicio de la tutela administrativa.

También órganos no jerárquicamente ordenados pueden participar en un sólo procedimiento. Esta participación puede

⁴⁶ La doctrina augura poco éxito a este precepto, por carecer de sanción jurídica: PARADA, Régimen jurídico...cit., p.66.

⁴⁷ Vid. LEISNER, Gesetz...cit. p.854

contener el ejercicio de un poder de tutela, que se plasma en la determinación vinculante de parte del clausulado de la resolución:

a) Licencia municipal de apertura de actividades clasificadas.

El art. 33.2 RAMINP prevé que la Comisión provincial de Servicios Técnicos (hoy, órgano correspondiente de cada Comunidad Autónoma), una vez calificada la actividad, puede considerar insuficientes las medidas correctoras propuestas por el particular; en ese caso la propia Comisión Provincial fija (con audiencia del interesado) nuevas medidas correctoras que vinculan al Ayuntamiento en el otorgamiento de la licencia⁴⁸; o mejor, tienen carácter obstativo: el Ayuntamiento puede o no otorgar la licencia, pero si la otorga ha de contener en todo caso las medidas correctoras decididas por la Comisión Provincial⁴⁹. El

⁴⁸ Aquí califico a estas atribuciones administrativas como tutela (de legalidad). De esta forma, sigo el criterio de MONTORO PUERTO, Licencia y calificación en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, REVL 153 (1967), p.367, que excluye la calificación de "competencia compartida" (p.394) o "acto complejo" (p.398). No encuentro un encuadramiento institucional de estas facultades de las antiguas Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos ni en TRUJILLO PEÑA (Régimen jurídico en las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, Madrid, 1967), ni en DE LA MORENA Actividades...cit.). Tampoco hay en DOMPER (El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas, vol.II, Madrid, 1993) una calificación precisa, pues el autor habla de competencias "concurrentes" (p.147), de "función tutelar" (p.149), o de competencia "concurrente, compartida y condicionada" (p.137)

⁴⁹ VILLAR, La intervención...cit., p.424; STS 4 julio 1989, Az. (5582). La composición de las Ponencias informativas, dentro de la Comisión provincial de Servicios Técnicos, supone una concentración de la actuación de policía de los distintos órganos administrativos (DE LA MORENA, Actividades...cit., p.119). En cada Ponencia deben estar representados "Los Organismos que tengan relación más directa con la actividad de que se trate" (art.33 RAMINP); a esta concentración de órganos en una sola Ponencia no acompaña, sin embargo, una concentración de controles de los distintos órganos en una

mismo informe obstativo se encuentra en el art. 57 del R.D 833/1975 y más recientemente en el art. 20 LPMA-Madrid: "La calificación ambiental tendrá carácter vinculante para la autorización municipal en caso de que implique la denegación de licencias o determine la imposición de medidas correctoras". Se viene a distinguir así entre un órgano con "competencia substantiva", que ha de otorgar la licencia, y otro con "competencia específica", que determinan vinculantemente el contenido de esa licencia⁵⁰

b) Licencia municipal de apertura de espectáculos.

El art. 38.1 RGPE dispone que el Gobierno Civil "podrá comunicar a la Alcaldía los condicionamientos de la licencia que considere procedentes en garantía del cumplimiento de la normativa vigente sobre espectáculos y recreos públicos, para la protección de la seguridad ciudadana y el mantenimiento del orden público". A lo que añade el art. 38.2 RGPE que "Tales condicionamientos deberán incorporarse obligatoriamente a la licencia en los casos siguientes..." (dependiendo de la población de cada municipio y del aforo del local). Similar a la regulación del RAMINP, los "condicionamientos" que impone el Gobierno Civil vienen determinados por una Ponencia que se forma en el seno de la Comisión Provincial de Gobierno; esta ponencia se compone de

sola licencia, la de apertura. Curiosamente, la existencia de un órgano de colaboración administrativa, como es la Ponencia, no va a acompañada de eficacia concentrada formal de la licencia (esto es, una licencia concentra en sí el contenido autorizatorio de otros actos). Y ello a diferencia de la BImSchG alemana, donde la licencia local de industria sí tiene eficacia concentrada formal (art.13), sin que por ello se de lugar a la creación de un órgano administrativo de colaboración; en Derecho alemán, la participación de otros órganos en el procedimiento de licencia de apertura es un supuesto de "ayuda administrativa", similar al deber de asistencia del art. 4.1 d) LRJAP ("Amtshilfe", con fundamento en los arts. 35 GG y 4 y ss. VwVfG : vid. JARASS/PIEROTH, Ob.cit., art.35, párrafos.1-4, donde se resalta el carácter excepcional, sin estructuras duraderas, propio de la "ayuda administrativa").

⁵⁰ Vid. estas expresiones, en relación con la Declaración de Impacto Ambiental, en el art. 9.2 LPMA-Madrid.

personal técnico (cfr. art. 38.3 RGPE)

C) Cláusulas accesorias para la coordinación de competencias concurrentes.

a) Ejercicio de competencias concurrentes mediante "conditiones iuris".

A menudo, la participación de varios órganos en un mismo procedimiento se debe a la concurrencia de competencias sobre un mismo objeto. El ejercicio de varias competencias resolutivas concurrentes se puede articular calificando a los distintos actos como "conditiones iuris", unos respecto de los otros: la licencia de un órgano es condición de eficacia para la autorización de otro⁵¹. Esta fórmula es contraria a la CE. Por varias razones: infringe el mandato constitucional de Administración eficaz y coordinada (art. 103.1 CE), que sólo se realiza en tanto se simplifiquen las relaciones del ciudadano con el Estado⁵². Y es contraria al Estado de Derecho (art. 1.1 CE), pues no es legítimo imponer al ciudadano la carga de solicitar la incoación de varios procedimientos administrativos para una sola actividad

⁵¹ Así, en las autorizaciones para la protección del Patrimonio Histórico: arts. 16, 19 y 22 LPHE; en las concesiones de costas: art. 65 LC; en las autorizaciones de vertido: art. 95 LA; y el ejemplo más reciente y terminante: art 54.3 LP: "La autorizaciones y concesiones obtenidas según esta Ley no eximen a sus titulares de obtener las licencias, permisos y otras autorizaciones que sean exigibles por otras disposiciones legales. No obstante, cuando se obtengan con anterioridad al título administrativo exigible conforme a esta Ley, su eficacia queda demorada al otorgamiento del mismo"

⁵² Principio recogido para la Administración del Estado en el art. 39 LPA, precepto que sigue vigente por mor de la DT 1.b) LRJAP.

autorizada.

b) Ejercicio de competencias concurrentes mediante cláusulas accesorias.

aa) Planteamiento en Derecho español.

El supuesto paradigmático de Administración eficaz y coordinada es la resolución administrativa "con efectos concentrados" (Konzentrationswirkung): la resolución que dicta un órgano concentra en sí los efectos de todos los demás actos (licencias, consentimiento, aprobaciones, autorizaciones, etc) concurrentes sobre un mismo objeto material (concentración formal), para lo cual ese órgano que concentra en sí todos los controles debe aplicar todas las normas concurrentes sobre el mismo objeto (concentración material)⁵³. El órgano inicialmente competente no queda absolutamente desplazado del procedimiento de decisión, sino que actúa en éste mediante informe (vinculante o no vinculante), proponiendo o imponiendo cláusulas accesorias que salven su competencia.

En Derecho español existen tradicionalmente supuestos de concentración de efectos en un sólo acto administrativo, pero se trata más bien de una simplificación de procedimientos: un órgano ejerce varias competencias propias en un sólo procedimiento⁵⁴.

⁵³ BADURA, Das Verwaltungsverfahren, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines...cit., Cap.42, párr.22

⁵⁴ Con efectos muy limitados, el art. 30.1 RAMINP permite la "denegación expresa y motivada de la licencia (de apertura) por razones de competencia municipal basadas en los planes de ordenación urbana, incumplimiento de ordenanzas municipales y en la existencia de actividad municipalizada con monopolio...". Por este trámite se comprueba la adecuación de la solicitud de licencia al conjunto de la normativa municipal, no sólo a la referida con la actividad industrial. Aquí hay simplificación de procedimiento, pero no

Otras veces, una norma ha concentrado los efectos de varios actos en uno sólo, pero dentro del ámbito de competencias de un sólo órgano. Hay concentración material, pero no formal⁵⁵

Un intento de coordinación de competencias resolutivas es el del art. 150 RC, para el otorgamiento de concesiones y autorizaciones del Estado y CCAA concurrentes sobre el dominio público marítimo-terrestre⁵⁶. Pero en este procedimiento no se concentra nada, ni formal ni materialmente. Se trata simplemente de que un órgano (de la CA) realice algunos trámites del expediente que instruye otro (el del Estado).

La verdadera concentración, formal y material, tiene antecedentes en el art. 62 LBRL y en la legislación de planeamiento especial, en relación con los efectos

concentración, ni formal ni material.

⁵⁵ Este es el caso del art. 28 OETLM. Según esta norma, el otorgamiento de una autorización o concesión municipal lleva implícita la licencia de obras o actividad. La concentración es meramente material. Muy diferente es el supuesto del art. 27 OETLM, donde se articula un sólo procedimiento, pero que concluye en dos licencias (la de obras y la de actividad); no hay concentración.

⁵⁶ El prolijo procedimiento de este artículo consta de las siguientes fases:

-Solicitud de varias autorizaciones o concesiones, tanto de competencia del Estado como de la CA, ante ésta última.

-Tramitación del expediente competencia de la CA.

-Traslado de la solicitud de concesión o autorización de ocupación del demanio al Estado, con "conformidad inicial" de la CA.

-Informe del Estado, con formulación de "condiciones" bajo las cuales otorgaría el título de aprovechamiento demanial.

-Oferta al solicitante, por parte de la CA, de las condiciones en que se podrían otorgar cada uno de los actos solicitados.

-Aceptación por el solicitante.

-Remisión del expediente, con propuesta de la CA, al Estado.

-Otorgamiento del título de aprovechamiento por el Estado

-Otorgamiento de la concesión o autorización de competencia de la CA.

-Traslado de esta última resolución al Estado.

ordenadores de un plan⁵⁷

Y por fin, un supuesto perfecto de concentración formal y material en un sólo acto administrativo se regula en el art 204 RC, en relación con resoluciones de las CCAA en el ámbito del dominio público marítimo-terrestre:

"En el caso de las concesiones y autorizaciones a que se refieren las letras b) (vertidos industriales y contaminantes al mar desde tierra) y d) (declaraciones de interés para cultivos marinos, concesiones y autorizaciones) del apartado 1, cuando no se den los supuestos previstos en el art. 129, el informe favorable del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo supondrá el otorgamiento de la autorización necesaria para la ocupación del dominio público marítimo terrestre".

Un informe, en este caso del Ministerio de Obras Públicas, es obvio que no resuelve, no otorga nada⁵⁸. Quien concede la autorización para la ocupación del dominio público es el órgano de la CA al concentrar en otro acto

⁵⁷ El art. 112 a) LC dispone que la Administración del Estado ha de emitir informe preceptivo y vinculante en Planes de ordenación territorial y urbanística, en lo que hace a las competencias estatales sobre el dominio público marítimo-terrestre (Declarado no inconstitucional por STC 149/91, de 4 julio, FJ 7 A c.). El art. 10.2 LCarr. también exige un informe vinculante de la Administración del Estado cuando un instrumento de planeamiento urbanístico afecte a carreteras estatales. El último ejemplo de esta articulación de competencias, en el art.18.2 c) LP (vid. JIMENEZ DE CISNEROS CID, La ordenación jurídica de la zona de servicio de los puertos de interés general, RDU 134 [1993], pp. 152 a 156.

⁵⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, en GONZÁLEZ NAVARRO/BLANCO DE TELLA, Organización y procedimientos administrativos, Madrid, 1975, pp.307 y 310

(autorización de vertido...) las competencias estatales. Esta concentración de efectos materiales y formales se equilibra con el informe estatal, en este caso vinculante, que constituye el instrumento idóneo para la coordinación de competencias concurrentes⁵⁹. El contenido de ese informe ha de ser precisamente la fijación de cláusulas accesorias en el acto de otro órgano administrativo⁶⁰. Para estos casos, y para otros similares que se puedan plantear, propongo el siguiente régimen jurídico mínimo:

1. El tipo de cláusula que proponga el órgano informante dependerá de la entidad del interés público en juego. La condición, que afectará a la eficacia del todo el acto, sólo se podrá imponer para preservar lo más esencial de la competencia del órgano informante. Cuando no se de este caso se incluirán cargas modales. Incluso también es posible la fijación de un término para que a fecha fija los dos órganos que han ejercido sus competencias concentradamente puedan cambiar los criterios por que los se rigen. La reserva de revocación tiene poca utilidad para el órgano informante, ya que será el órgano que concentra, no el informante, quien en el supuesto concreto apreciará la concurrencia de un supuesto revocatorio.

2. La cláusula accesoria (fundamentalmente, condición o modo) sólo se puede referir al ejercicio de la competencia concurrente en el caso concreto. No se pueden incluir cláusulas en ejercicio de otras competencias (prohibición de

⁵⁹ PAZ ANTOLIN/PERNAS, El informe, como instrumento de coordinación, en la Ley de Costas, en "Estudios Territoriales", n.34 (septiembre-diciembre 1990), pp.150-160. Vid. STC 103/1989, FJ 7; y asumiendo la doctrina de la última: STC 149/1991, FJ 7.A.c) (Ley de Costas)

⁶⁰ Así lo ha entendido el TC, en relación con el ejercicio de competencias concurrentes Estado-Comunidad Autónoma (concesiones de aguas-recursos piscícolas): STC 15 julio 1993, FJ 4 (Repertorio Aranzadi del TC, n.243 [1993])

acoplamiento). Así lo dispone expresamente, el art. 10.1 LCarr.

3. El órgano que dicte el acto concentrado no podrá entrar a valorar la legalidad u oportunidad de la cláusula impuesta. Cabe, eso sí, que el órgano decisor cuide de que no haya contradicción entre las distintas cláusulas accesorias del acto único.

4. Una vez dictado el acto, el órgano que concentra será quien cuide del cumplimiento de las cláusulas impuestas por el órgano informante, no éste mismo. Será el órgano que dicta el acto concentrado quien, en su caso, declarará la caducidad, ejecutará forzosamente un modo o revocará.

bb) Planteamiento en Derecho alemán.

La concentración formal y material hemos visto que es una excepción en el Derecho español. En cambio, este tipo de procedimientos son frecuentes en el Estado alemán.

Así, según el art. 13 BImSchG, la licencia de industria concentra en sí el contenido autorizatorio de otras licencias (fundamentalmente, la de obras⁶¹). Y como contrapeso a esta concentración, el art. 10.5 BImSchG dispone que "la autoridad competente para el otorgamiento de la licencia (de instalación y funcionamiento) recaba los informes de otras autoridades cuyo ámbito competencial resulta afectado por la solicitud". Las consideraciones de estas otras autoridades se formulan como típicas cláusulas accesorias (Nebenbestimmungen). Pero con todo, las "tomas de postura"

(Stellungnahme) de otras autoridades no son vinculantes⁶² (a salvo de que por disposiciones administrativas internas - Verwaltungsverordnungen-, basadas en la organización jerarquizada de las autoridades administrativas, se otorgue carácter vinculante al informe de otros órganos⁶³). El órgano que dicta el acto concentrado debe valorar la adecuación, exigibilidad y suficiente determinación, así como la no contradicción entre las cláusulas propuestas⁶⁴.

Otro supuesto típico de efectos concentrados de un acto administrativo en Derecho alemán es el llamado "Plan resolutivo" (Planfeststellungsbeschluss)"⁶⁵. La concentración de efectos que tiene esta resolución se equilibra con un procedimiento donde informan todos los órganos administrativos en principio competentes. El contenido típico

⁶² Si lo son en cambio, según el art. 9 Fernstraßengesetz (Ley de Carreteras), las cláusulas que propone la autoridad de carreteras en los expedientes de licencias de edificación.

⁶³ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.10, párr.91

⁶⁴ LANDMANN/ROHMER, Ob.cit., art.10, párr.90. En los expedientes de licencias de restaurantes que puede examinar en el Landratsamt de Erlangen (Baviera) se siguen tres criterios para rechazar las cláusulas propuestas por otras autoridades:

- por regla general se asumen los modos, pero no las condiciones.
- se rechazan las cláusulas propuestas cuando se refieren a cuestiones no vinculadas con el carácter policial de la licencia.
- cuando la cláusula propuesta es demasiado esencial o gravosa se devuelve a la autoridad de donde proviene para que en vez de cláusula accesoria dicte un acto independiente.

⁶⁵ Se trata de un acto administrativo con doble efecto: 1.Planeamiento de un espacio para un gran proyecto de infraestructura: aeropuerto, depósito de basuras, etc (Gestaltungswirkung) 2.Contiene en sí todas las autorizaciones, concesiones, etc., necesarias para llevar a cabo ese proyecto (Konzentrationswirkung). Cfr.: MÖBLE, Ob.cit., p.194; BADURA, Das Verwaltungsverfahren, cit., Cap.42, párrafos 8 y 22

del informe es la propuesta de modos sobre el proyecto presentado.

VI. Cláusulas accesorias propuestas por tercero.

A) Propuesta de cláusulas accesorias.

La solicitud y otorgamiento de una resolución ha de ser compatible con los intereses y derechos de terceros. A tal fin sirve el trámite de información pública (potestativa, en el art. 86.1 LRJAP). Por ejemplo, la publicación o notificación del Ayuntamiento para dar a conocer la solicitud de licencia de apertura (cfr.: arts: 2 DREM; 36.a) 5 RGPE; 21.3 OETLM) o el trámite de información pública tras la solicitud de una concesión de costas (art.146.8 RC) o de aguas (art.109 RDPH). De ello resulta la participación de terceros en el procedimiento. Las alegaciones que éstos hacen han de ser tomadas por el órgano administrativo como posibles cláusulas accesorias de protección en el acto administrativo⁶⁶. Y pienso que la posibilidad de proponer cláusulas de protección es un derecho, no una carga para obtener la protección administrativa. Pues la Administración, con o sin alegaciones de interesados no puede resolver en perjuicio de tercero⁶⁷

⁶⁶ En relación con la BImSchG alemana: SELLNER, Ob.cit., párr.220

⁶⁷ Este resultado, en Sebastián Martín-Retortillo, Aguas Públicas, cit., p.276 y en MAS BADIA, El nuevo régimen jurídico de las aguas, Valencia, 1993, p.155. En contra, SIEDER/ZEITLER afirman en Derecho de aguas de Alemania que sólo cuando el tercero participa en el procedimiento puede la Administración establecer una cláusula de protección (Ob.cit., art.4, párr.6). La alegación del posible perjudicado sería entonces una verdadera carga.

Las cláusulas de protección a que estoy haciendo referencia gozan de escaso reconocimiento en nuestras leyes administrativas, a excepción de las "medidas correctoras" de los Reglamentos reguladores de licencias de apertura (RAMINP, RGPE). En primer lugar, muchos de nuestros procedimientos administrativos prescinden de la información pública en beneficio de posibles terceros afectados, con lo que difícilmente se pueden solicitar cláusulas de protección. En segundo lugar, la mayoría de las leyes se limitan a prever la fijación de una indemnización, a cargo del beneficiado por el acto, para compensar la privación (total o parcial) de una situación patrimonial de tercero⁶⁸. Para esta indemnización las leyes se remiten a la LEF⁶⁹ o no mencionan esta circunstancia⁷⁰. En tercer lugar, algunas leyes prescinden de toda mención a una indemnización previa al tercero perjudicado. A éste se impone entonces la carga de solicitar una indemnización (en concepto de responsabilidad) por los daños o perjuicios derivados del correcto disfrute de un acto administrativo. En estos casos la Administración asume una función arbitral entre titular del acto y tercero⁷¹. Creo que es necesario cuestionar el binomio "perjuicio-indemnización" y sustituirlo por "perjuicio-cláusula de protección". Entre

⁶⁸ Así el art.78.2 c) RC, donde se prevé que en la tramitación de concesión demanial un tercero afectado inste la fijación de indemnización.

⁶⁹ Arts. 36.3 LMi y 55.4 RMi: indemnización a cargo de titular de aprovechamientos de la Sección B) en favor de otros titulares de aprovechamientos mineros. Art. 67 LA: indemnización del concesionario al propietario del terreno.

⁷⁰ Así: art. 78 1. c) RC. Pero no se puede sostener que esta norma -de rango reglamentario- ha dispuesto un nuevo sistema de indemnización distinto al de la LEF.

⁷¹ Cfr. PARADA, Derecho Administrativo I cit., p.462. En relación con la legislación de minas, aguas y obras públicas del siglo XIX vid. pp.463-464. Para GONZÁLEZ NAVARRO (Derecho Administrativo Español...II, cit., p.186) no sería actividad arbitral, sino jurisdiccional, aunque realizada por la Administración.

cláusula de indemnización y cláusula de protección no hay arbitrio del legislador, sino aplicación de la CE. La indemnización es una medida de intervención desproporcionada y poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica, en relación con la medidas que sirvan a la protección de la situación actual.

Pues bien, en la medida en que las leyes lo permitan, cualquier particular afectado puede alegar un posible perjuicio y consecuentemente solicitar la inclusión de una cláusula accesorio de protección en la futura resolución, a fin de proteger su situación jurídica⁷². El particular -ahora interesado en el procedimiento- tiene derecho a una resolución sobre sus alegaciones u objeciones (así: art. 36 a 5 RGPE)⁷³, o respuesta razonada (art.86.3 LRJAP).

⁷² El BVerwG (E. 41,178,180) lo califica como "modo de protección" (Schutzaufilage) típicamente independiente. MÖBLE (Ob.cit., p.195) acepta este carácter independiente del modo de protección, pero sólo cuando consiste en una compensación económica.

⁷³ Sólo así resultan garantizados el principio de audiencia (art. 105 c. CE) y consecuentemente las exigencias del Estado de Derecho (Para la GG: VON MÜNCH/EHLERS, Ob.cit., Cap.3, párr.64). Esta garantía no es meramente formal: exige que el interés alegado por el particular sea efectivamente considerado (OBERMAYER, Kommentar...cit., p.174; KOPP, VwVfG, cit., art.73, párr.56), que entre en la ponderación de bienes e intereses de la cual resultará la resolución definitiva (BADURA, Das Verwaltungsverfahren, cit., Cap.42, párr.10). Este derecho a la resolución se canaliza en Alemania por el "recurso de prestación" (Leistungsklage): KÜGEL, Ob.cit., p.240. Este recurso no tiene correspondiente en España, pero al mismo fin puede servir la impugnación de un "acto de trámite" que desatienda la alegación del particular afectado o la resolución definitiva (art.37.1 LJCA).

B) ¿Qué eficacia tiene la cláusula de protección propuesta por tercero?

En primer lugar ha de quedar comprobada la causalidad entre el acto administrativo solicitado y un perjuicio relevante a tercero⁷⁴. A partir de ahí hay que analizar la posición jurídica del tercero en el procedimiento.

El art. 31.1 b) y c) LRJAP (antes el art. 23 LPA) identifica dos tipos de interesados en el procedimiento administrativo, aparte de quien lo promueve: Los que tengan derechos o los que tengan intereses legítimos. En ambos casos, en la medida en que puedan resultar afectados por la decisión administrativa.

Seguramente que la propuesta de un modo de protección no tiene la misma eficacia cuando proviene de un interesado (con interés legítimo) que cuando proviene del titular de un derecho. Pero para saber en qué consiste esta diferencia de trato hay que averiguar qué hay detrás del binomio derecho-interés legítimo.

a) Situaciones de derecho o de interés legítimo.

Nuestro Ordenamiento Jurídico recoge, de forma ya tradicional, la fórmula derecho-interés legítimo⁷⁵. No sólo en la legislación procesal (art.28., párrafos 1 a) y 2 LJCA;

⁷⁴ MÖBLE, Ob.cit., p.233

⁷⁵ Con incesante crítica doctrinal: GARCIA-TREVIJANO FOS, Tratado de Derecho Administrativo I, 3.Ed., Madrid, 1974, pp.562-569; NIETO, La discutible supervivencia del interés directo, REDA 12, pp.39 y ss., passim; BAÑO, Los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración, en "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", (Dirigido por J.LEGUINA y M.SANCHEZ MORON), Madrid, 1993, p.93

arts. 304 y 305 LS) o de procedimiento administrativo (art.31.1 b) y c) LRJAP) sino también en leyes sustantivas: Art 1 LEF (se refiere a la expropiación de intereses patrimoniales). También en la CE se da esta dualidad de reconocimiento: procesal (art.24 CE) y material⁷⁶ (arts 33.3 y 106.2 CE).

Estos datos del Derecho positivo desmienten una tesis tradicional en nuestra doctrina y jurisprudencia, según la cual los conceptos de derecho e interés no se encontrarían en un mismo plano: Derecho subjetivo sería un concepto sustantivo, mientras que interés (antes directo, ahora sólo legítimo⁷⁷) sería un concepto procesal: legitimación. Según esta tesis, el derecho (público subjetivo) sería situación jurídica individual garantizada por la norma. En cambio, el interés sería un efecto reflejo de las "normas de acción" que regulan la actividad administrativa⁷⁸; y este interés podría ser "mero interés" o interés legítimo: sólo este último constituiría causa de legitimación en un proceso contencioso-administrativo dirigido a la anulación de un acto⁷⁹. Pero si

⁷⁶ PAREJO, en SANTAMARIA/PAREJO, Derecho administrativo...cit., p.144

⁷⁷ El TC ha sustituido la exigencia procesal de interés directo por la de interés legítimo: STC 60/1982, FJ 3 (Vid. BAÑO LEÓN, Los derechos...cit., p.92)

⁷⁸ En suma, el ciudadano sería aquí objeto del derecho, no sujeto del mismo, situación ésta difícilmente cohonestable con el art. 10.1 CE (dignidad de la persona)

⁷⁹ GARRIDO FALLA, Tratado...vol.I, cit., pp.353-354. El interés legítimo sería aquí no una verdadera posición subjetiva del particular, sino un requisito de seriedad para un control "objetivo" de la actuación administrativa, según el modelo francés del "excés de pouvoir" (GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II,cit., p.44). La teoría de los derechos públicos reaccionales acerca el interés legítimo al concepto de derecho subjetivo. Identifica en el interés legítimo una posición jurídica del particular, no mera legitimación (GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, ibídem). Pero carece de entidad propia: el interés legítimo sólo adquiere

el interés legítimo (antes también directo) es sólo legitimación, desaparecerá al mismo tiempo que se amplíe la acción popular.

b) Comparación con el interés y el derecho subjetivo en el Ordenamiento alemán.

Un dato para el análisis se puede extraer del Derecho comparado. En Derecho alemán, el art. 13 VwVfG reconoce la posición de interesado (Beteiligte) en el procedimiento, pero no la contrapone a la de titular de derechos. Junto a ello, los arts: 19 IV GG y 42 II VwGO, sólo otorgan legitimación procesal a quien sufra una "lesión en sus derechos". De aquí se extrae una primera consecuencia: el interesado en el procedimiento administrativo alemán no es -por lo menos no en todo caso- el legitimado del proceso administrativo. Este dato procesal tradicional creo que es la clave para comprender la relación entre derecho e interés en el Derecho alemán. Así se puede comprender el ensanchamiento del concepto de derecho (y sobre todo, de derecho de propiedad) del Derecho alemán.

sustantividad, sólo se convierte en derecho público reaccional cuando se suman perjuicio e ilegalidad de la actuación administrativa (GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II, cit., p.52; PARADA, Régimen jurídico...cit., p.140). Y ello es insuficiente para el procedimiento administrativo: si aún no ha recaído resolución en un expediente, tampoco se ha causado aún perjuicio, consecuentemente no se encuentra el interesado en el procedimiento en una situación de poder, de derecho público reaccional. Téngase en cuenta además, que el TS exige que el agravio sea actual, no previsible o futuro (Vid. PAREJO, en PAREJO/SANTAMARIA, Derecho administrativo...cit., p.160). Esta dificultad de la teoría de los derechos públicos reaccionales la aprecian también GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II, cit., p.411.

El Derecho Público alemán rompe los límites del concepto de derecho subjetivo al hacerlo sinónimo de legitimación. Sólo se podrá obtener justicia cuando se alegue la vulneración de un derecho (art.42 II VwGO y 19 IV GG). Y entonces la exigencia procesal de legitimación desborda todo concepto preciso de derecho subjetivo. El rechazo del Derecho alemán a la acción popular⁸⁰ (y como especie menor, a la acción por interés) ha deformado los límites del concepto de derecho subjetivo. Siempre habrá un derecho que alegar. Unas veces, porque las leyes expresamente concedan ese derecho. Y cuando no, siempre se podrá invocar algún derecho fundamental (que es derecho subjetivo). Sobre todo, el derecho de propiedad⁸¹, el derecho al libre desarrollo de la

⁸⁰ MAURER, Allgemeines...cit., Cap.8, párr.5

⁸¹ De esta forma, el derecho fundamental de propiedad (art.14 GG) se alega contra cualquier modificación en el entorno, en el vecindario, por mínima que resulte su repercusión sobre otra finca. Un supuesto paradigmático: impugnación de una autorización urbanística dada al vecino, por "afectar" al "derecho de propiedad" (BVerfGE 32,173): el derecho de propiedad se utiliza como cláusula general, a falta de otro derecho que alegar (RICHTER/SCHUPERT, Casebook Verfassungsrecht, cit., p.18. Muy crítico, LEISNER, Problemas de la propiedad en Alemania, Conferencia en la UAM, octubre de 1992, p.11. En tono menos crítico: MAURER, Allgemeines...cit., Cap.8, párr.9, p.147). Estamos ya muy lejos de un derecho de propiedad limitado, como era el definido en el art 906 BGB. En cambio, en nuestro Ordenamiento no se hace necesario romper con un concepto estricto de derecho de propiedad (al menos, en cuanto a las relaciones de vecindad), gracias a que el cumplimiento de las normas urbanísticas se puede exigir por cualquiera, para ello no hace falta ser propietario: Según el art. 305 LS el propietario puede exigir de los Tribunales ordinarios la demolición de construcciones que vulneren las normas reguladoras de las relaciones de vecindad. Esta es la acción civil, pero más allá todo particular puede ejercitar la acción popular que prevé el art. 304 LS. Es decir, que el propietario tiene vía civil y contencioso-administrativa (DOMPER, El medio...II, cit., pp.175-176). Pero cualquier particular, sin necesidad de alegar derecho de propiedad, puede acceder también a la Jurisdicción contencioso-administrativa. Y como última consecuencia de ello, no hace falta ensanchar el concepto de propiedad para que los

personalidad o la libertad de profesión⁸².

De la comparación con el sistema alemán se concluye que el nivel de protección de las situaciones del particular es equivalente: en España, otorgando legitimación procesal por interés legítimo (art.24 CE)⁸³; en Alemania, ensanchando el concepto de derecho subjetivo. Si bien con una diferencia, en España se discute la sustantividad del interés legítimo (frente a su mera dimensión procesal), de lo cual no cabe duda en relación con el derecho público subjetivo en Derecho alemán.

Sobre estas explicaciones se pueden entender otras elaboraciones de la doctrina alemana. KOPP distingue tres tipos de situaciones del particular en el procedimiento administrativo, de menor a mayor⁸⁴: interés legítimo (berechtigtes Interesse); interés jurídico (rechtliches Interesse)⁸⁵ y derecho. Pero esta distinción no se

particulares puedan exigir el cumplimiento de la legislación urbanística.

⁸² En efecto, el derecho fundamental de libertad: cláusula general, art. 2 I GG), se reconoce a un empresario frente al otorgamiento de una subvención a competidor; se estima vulnerada la libertad de profesión (art.12 GG) a un particular no admitido en la Universidad. (Vid. estos ejemplos en KOPP, VwVfG, cit., art.9, párr.9).

⁸³ Teniendo en cuenta además que en estos casos, el TS no se limita en sus sentencias -como ordena el art. 84 a LJCA, en congruencia con el art. 41 LJCA- a anular los actos, sino que también reconoce la situación jurídica individualizada y adopta cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma (art.84 b LJCA; art.42 LJCA): NIETO La discutible...cit., pp.47 y 57

⁸⁴ KOPP, VwVfG, cit., art.9, párrafos 6-16

⁸⁵ El interés legítimo puede ser tanto económico, como social o espiritual y faculta para una posición activa en el procedimiento (cfr.: arts.29 II; 37 II 2 VwVfG). El interés jurídico se define por su vinculación con el objeto del procedimiento: cuando la posición jurídica del particular (no

corresponde con el binomio interés-derecho de la LRJAP. Para KOPP, derecho es "todo interés individual reconocido por el Ordenamiento jurídico como digno de protección"⁸⁶. Resulta así que el concepto alemán de derecho subjetivo incluye intereses protegidos por el Ordenamiento⁸⁷. Se da una expansión de los confines del derecho subjetivo⁸⁸, por lo demás necesaria para hacer realidad la tutela judicial efectiva (art.19 IV GG), al quedar limitada la legitimación procesal a la "lesión de derechos".

Nuestro Derecho positivo -administrativo y constitucional- afirma la distinción entre interés legítimo y derecho. Y de

sólo derechos) queda afectada con la resolución que recaiga en el procedimiento (cfr.: art. 13 II VwVfG); algunos de éstos intereses son ascendidos al rango de derechos por la norma, pero no todos.

⁸⁶ KOPP, VwVfG, art.9, párr.7. En el mismo sentido: MAURER, Allgemeines...cit., Cap.8, párr.8. Y para Suiza: WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, cit., p.176. El origen de esta afirmación puede estar en BACHOF (cfr. ESTEBAN, El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal, Madrid, 1981, p.43). De aquí quedan excluidos los "efectos reflejos" del Ordenamiento, pues su objetivo no es la protección de situaciones individuales: KOPP, art.9, Párr.8. Al final la cuestión es de interpretación normativa, para lo que un indicio importante es que la norma ordene la apertura de un trámite de audiencia en el procedimiento (KOPP, VwVfG, cit., art.8, párr.8) o que el ámbito potencial de interesados sea delimitable (MAURER, Allgemeines...cit., Cap.8, párr.9). En estos casos estaríamos -tendencialmente- ante un derecho subjetivo.

⁸⁷ Comentando el Derecho alemán: GARCIA DE ENTERRIA/FERNANDEZ, Curso...II, cit. p.42. En perspectiva histórica: ESTEBAN, El derecho...cit., p.44

⁸⁸ Así ha resultado, como critica SCHMIDT-ARMANN (Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, en LERCHE, P./SCHMITT GLAESER, W./SCHMIDT-ARMANN, E.: "Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie", Heidelberg, 1984, pp.30-31), que la mera participación en un procedimiento administrativo sitúa al particular en una posición de derecho subjetivo, normalmente, incluso, derecho fundamental.

forma substantiva⁸⁹. No es necesario suprimir el concepto de interés, pues tampoco lleva a nada la ampliación del concepto de derecho. Existiendo legitimación procesal y tutela judicial plena no hace falta eludir el concepto de interés legítimo. Además, la búsqueda de cláusulas generales de legitimación en derechos fundamentales (como en Derecho alemán) tiene riesgos para nuestro Derecho. Pues en la CE no hay una cláusula general de libertad, como en la Constitución alemana (art.2 I GG: derecho al libre desarrollo de la personalidad: derecho fundamental), sino concretos derechos de libertad. Por tanto, los -imaginables- supuestos de libertad al margen de las libertades constitucionalizadas carecerían de tutela judicial. Y junto a ello, el derecho de propiedad se extendería sobre situaciones desconocidas en nuestra tradición jurídica.

c) Conclusión para las propuestas de inclusión de modos de protección.

Con lo expuesto vuelvo a la cláusula modal de protección propuesta por tercero. La eficacia de esta propuesta deriva de la posición jurídica del particular en el procedimiento, que puede ser de tres tipos:

1. "Mero interés": el particular sólo tiene derecho a que se tome en consideración su propuesta⁹⁰ y a recibir una "respuesta razonada" de la Administración (art.86.3 LRJAP).

⁸⁹ Y porque el interés tiene sustantividad es por lo que los Tribunales no se limitan a considerarlo como legitimación para una acción de nulidad, sino que lo tratan como cuestión de fondo: cfr. NIETO, La discutible...cit, p.57

⁹⁰ Su alegación por el particular sirve simplemente para "la ampliación de la base informativa de la Administración": KÜGEL, Ob.cit., p.240 (en relación con el "Planfeststellungsbeschuß")

2. Interés legítimo. La propuesta del particular debe tener especial peso en la ponderación del interés público que llevaría a dictar el acto administrativo. La Administración no podrá rechazar la cláusula modal solicitada, salvo que, tras una ponderación relativa de bienes jurídicos, resulte que el interés público es de tal intensidad que el particular debe tolerar los efectos para él negativos de un acto administrativo.

3. Derecho subjetivo. La Administración no puede, como principio, rechazar la cláusula modal. Pues en una ponderación abstracta entre el posible acto administrativo y el derecho de tercero, éste último recaba mayor protección del Ordenamiento jurídico. Aunque puede resultar que tras una ponderación relativa (sacrificio insignificante del derecho, en comparación con el beneficio que se deriva del acto) la Administración limite o sustituya el modo de protección propuesto. Lo veremos a continuación.

Según lo dicho, interés legítimo y derecho subjetivo deben ser, como principio, protegidos por una cláusula modal. Pero no siempre con la misma intensidad. En primer lugar tiene lugar una ponderación de intereses: el interés público (o privado) en que se dicte un acto (v.gr.: licencia de apertura de industria es un sector depauperado) y el interés privado de un particular afectado (p.ej.: humos procedentes de la industria autorizada). Fruto de esta ponderación es que parte de los perjuicios al tercero no precisen de más protección. Y entonces, sólo en el perjuicio que resulte intolerable (desproporcionado) puede el afectado exigir la imposición de un modo⁹¹. Como criterio general, el interés legítimo es un elemento débil a la hora de la ponderación, frente al derecho, que es un elemento fuerte.

⁹¹ BADURA, Das Verwaltungsverfahren, cit., Cap.42, párr.10; MÖBLE, Ob.cit., p.198

Con el instrumento técnico de la ponderación estoy admitiendo que hay perjuicios o sacrificios de derechos o intereses que deben ser tolerados, sin posibilidad de exigir la imposición de un modo de protección. Este planteamiento no encaja con la garantía patrimonial de los arts. 1 LEF y 139 LRJAP. Ambos preceptos protegen un derecho de propiedad "intolerante", imponderable frente al interés público o de terceros. Es el derecho de propiedad del Código civil. Los instrumentos de ponderación que propongo son propios de otro derecho de propiedad, el del BGB, mucho más flexible, más tolerante⁹². No se trata ahora de copiar sin más otros

⁹² En efecto, en Derecho alemán hay un paso lógico desde las medidas de protección propias de las relaciones de vecindad (art.906 BGB, modificado por Ley de 22 de diciembre de 1959) hasta las cláusulas modales en licencias de e apertura (art.12 BImSchG) o modos de protección en el "Planfeststellungsbeschuß" (art. 74 II VwVfG y artículos concordantes de leyes especiales). El art. 906 BGB da los siguientes criterios para las relaciones de vecindad (fundiaría): a) El propietario de un fundo debe soportar las inmisiones (ruidos, humos, vapores, gases...) procedentes del vecino que no le perjudiquen o que supongan un perjuicio irrelevante (luego hay un mínimo de perjuicio que todo propietario debe soportar); b) El propietario de un fundo debe soportar las inmisiones del vecino que le causen perjuicios relevantes, siempre que estos perjuicios deriven de un uso del fundo según la costumbre del lugar y no sea exigible económicamente que el emisor evite esas emisiones; en estos casos, el propietario del fundo perjudicado podrá exigir una compensación económica del causante de las inmisiones, pero sólo cuando éstas perjudiquen el aprovechamiento normal del fundo receptor más allá de lo exigible (en consecuencia, aún existiendo perjuicio, sigue existiendo en muchos casos un deber de soportar, y no siempre con compensación económica). Una regulación bien distinta se da en nuestro Derecho civil. El Código civil español regula las relaciones de vecindad en el Capítulo II, Título VII, Libro II ("De las servidumbres"). Las servidumbres legales son verdaderos deberes jurídicos de soportar "inmisiones directas" (TOMAS-RAMÓN FERNANDEZ, El medio...cit., p.44). Pero en el C.c la regla general es la necesidad de indemnización, así: servidumbre de estribo de presa (art.554 C.c); servidumbre de saca de agua y abrevadero (art. 555 C.c); servidumbre de paso de agua (arts.557 y 558 C.c); servidumbre de paso o partidor (art.562 C.c); servidumbre de paso (art.564 C.c); servidumbre de andamios (art.569 C.c);

Derechos, sino de interpretar integradamente el nuestro. Y lo cierto es que el derecho de propiedad intransigente, casi asocial, de nuestro Código civil hay que interpretarlo a la luz del art. 7.2 del propio Código⁹³: "La Ley no ampara el abuso del derecho o el uso antisocial del mismo". El ejercicio social del derecho de propiedad exige tolerancia. Y al mismo resultado se llega a partir del derecho de propiedad del art. 33. CE, delimitado por su función social. La interpretación constitucional del Código civil (art.5.1 LOPJ) nos lleva a afirmar que hay perjuicios a derechos o intereses de terceros que, según las reglas de la ponderación, han de ser soportados por éstos, sin compensación económica.

Dentro de la institución alemana del "Planfeststellung" se ha desarrollado, como derivación del modo de protección, un nuevo tipo de cláusula, el modo de compensación económica. La doctrina tradicional venía afirmando que el tercero

elevación de pared medianera (art.577 C.c); servidumbre de desagüe (art.588 C.c). Y como cláusula de cierre, la regulación de la responsabilidad en el art. 1908 C.c. Excepcionalmente hay servidumbre legal sin indemnización en el art 567. Y también, según DIEZ-PICAZO/GULLON, el art. 1908.2 impone tolerancia en relación con los "humos no excesivos" (Sistema...III, cit., p.184). Pero en general el C.c regula unas relaciones de vecindad basadas en la intolerancia de inmisiones, y cuando las tolera es sólo mediando indemnización. Se ha defendido la pervivencia en nuestro derecho del "ius usus inoqui" (GONZÁLEZ-ALEGRE, Las relaciones...cit., p.48), pero esto no es un deber de tolerar, ya que el uso de tercero es inocuo. También ha defendido GONZÁLEZ-ALEGRE (Las relaciones...cit., p.74) la existencia de un "uso normal" de la propiedad, donde no hay indemnización; pero lo cierto es que en nuestro Código ese uso normal enseguida está limitado por el concepto de servidumbre o por las reglas de responsabilidad del art. 1908 C.c. Si comparamos esta regulación del C.c con el BGB resulta que nuestro derecho de propiedad es más intransigente que el alemán. Por esta razón plantea dificultades en Derecho administrativo la imposición de deberes de soportar, sin cobertura total por una medida de protección o indemnización.

⁹³ DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...III, cit., p.184

afectado por un acto administrativo tiene derecho a una protección en especie, esto es, a un modo de protección mediante medidas correctoras etc⁹⁴. Y así se contiene también en algunas leyes de grandes infraestructuras⁹⁵. Pero la cláusula de protección en especie ha dejado de ser una derecho absoluto. Resulta que las medidas correctoras, instalaciones, etc., pueden ser ineficaces; o pueden suponer un costo tal que esterilicen el proyecto del beneficiario del acto. Se ha de dar entonces una segunda ponderación de intereses: si la posible resolución administrativa es de tal interés que justifica un doble sacrificio de tercero: no sólo soportar parte de los perjuicios, sino convertir el modo de protección en modo de equivalente económico, una compensación económica⁹⁶. Esta cláusula modal económica ha sido aceptada por el Tribunal Administrativo Federal alemán (BVerwG), como un concepto distinto de la expropiación. Lo característico de esta cláusula sería que sólo actúa indirectamente, como último remedio cuando no es posible proteger al tercero mediante el modo de protección⁹⁷. En Derecho español, como dije arriba, prima la indemnización sobre el modo de protección. Y además, la indemnización se configura como supuesto expropiatorio, con remisión expresa a la LEF. El omnicompreensivo art. 1 LEF obliga a tratar como supuesto

⁹⁴ Referido a la Ley alemana de hospederías (Gaststättengesetz): MÖRTEL, Ob.cit., art.5, párr.10

⁹⁵ Cfr.: art. 9 III 1 Atomgesetz; art.8 III 1 Abfallgesetz; art.18 Wasserstraßengesetz.

⁹⁶ Según BADURA (Das Verwaltungsverfahren, cit., Cap.42, párr.12) sólo un proyecto de interés público, pero no uno de interés privado tolera esta segunda ponderación y conversión del modo de protección en modo económico. Y según MÖBLE (Ob.cit., p.232), habría interés público siempre que una determinada construcción fuera el fin de un plan administrativo.

⁹⁷ Cfr.: MÖBLE, Ob.cit., p.232. En contra KOPP (VwVfG, cit., art.74, párr. 48): el modo de compensación económica ha de reconducirse a las figuras expropiatorias ya existentes.

expropiatorio todo perjuicio patrimonial directamente querido por la Administración⁹⁸. Pero la remisión a la LEF en estos casos es inadecuada. Por su complejidad de procedimiento y por tratar de forma aislada el perjuicio o daño, sin introducir ponderación con el interés público (o privado) que se obtiene con el acto administrativo gravoso para tercero. Sería conveniente en estos casos una regulación -por ley- más favorable a la protección real -frente a la mera indemnización-, más flexible y con mecanismos de ponderación de los distintos derechos e intereses en colisión. Pero, pese a lo inadecuado de la expropiación en estos casos, no es alternativa el desplazar la indemnización expropiatoria hacia la indemnización reparadora (responsabilidad), esto es, indemnización cuando se produce daño efectivo, porque de esta forma se impone al tercero la carga de reclamar la indemnización (la actuación de oficio no es obligatoria para la Administración: art. 142.1 LRJAP). Y tampoco es alternativa a la imposición de modos de protección (o económicos) la cláusula "sin perjuicio de tercero" pues la aparente "neutralidad⁹⁹" de la Administración (p.ej.: entre Administración y concesionario) deja sin resolver la objeción del afectado¹⁰⁰ (lo que está prohibido por los arts. 42 y 89.5 LRJAP) y deja su situación jurídica sin protección específica, depositando sobre él la carga de actuar antes los Tribunales¹⁰¹, o ante la Administración (para que ésta fije al titular del acto los confines de sus facultades). Al menos en estos casos, la "cláusula sin perjuicio de tercero" no

⁹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Los principios...cit., p.174

⁹⁹ VILLAR, La eficacia de la concesión y la cláusula "sin perjuicio de tercero", RAP 5 (1951), p.166; GUAITA, Derecho...cit., p.72, nota 5.

¹⁰⁰ GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET, Ob.cit., p.364 (en relación con la LA 1879)

¹⁰¹ MAS BADIA, Ob.cit., p.151; GARCIA PEREZ, Concesións...cit., p.175

exonera a la Administración de responsabilidad por daños. Al revés, el acto administrativo -si resulta causalmente adecuado para producir daño a tercero- es ilegal (funcionamiento anormal de un servicio público: art.106.2 CE; art.139.1 LRJAP) y está sometido a las reglas de responsabilidad objetiva y directa del Estado. La ilegalidad y la responsabilidad no quedan sanadas por la mera inclusión de la cláusula "sin perjuicio de tercero".

En todo caso, la imposición de cláusulas de protección en el acto no debe agotar las posibilidades de defensa civil del tercero¹⁰², cuando es titular de un derecho. No ya frente a la Administración, sino frente al beneficiado por el acto. Bien con acciones de responsabilidad (art.1902 C.c.)¹⁰³ bien mediante interdictos posesorios. Estas acciones tienen en todo caso carácter reparador o defensivo¹⁰⁴.

C) Cláusulas pactadas entre beneficiario del acto y tercero.

Los derechos públicos subjetivos, sobre todo los derechos fundamentales, son hoy no sólo una defensa o una exigencia en relación con el Estado. También son -cada vez más- bienes que colindan y a veces colisionan con otros derechos de terceros. La labor del Estado es ahora -también- el "reparto" de bienes jurídicos escasos, como son los derechos

¹⁰² DIEZ-PICAZO/GULLON, Sistema...III, cit., p.184

¹⁰³ SOSA WAGNER, Las actividades molestas, en especial, el ruido (Introducción y selección de jurisprudencia), Madrid, 1991, p.21

¹⁰⁴ También en la doctrina alemana se admite que el modo (administrativo) de protección no excluye una compensación económica por las reglas de las relaciones de vecindad del art. 906 BGB: BADURA, Das Verwaltungsverfahren, cit., Cap.42, párr.24, nota 54.

fundamentales¹⁰⁵.

Una forma de reparto de este bien jurídico escaso es el procedimiento administrativo, donde cada uno de los interesados entabla una relación directa con la Administración. Pero no es la única posibilidad de cohonestar el ejercicio de derechos de varios interesados. SCHMIDT-ABMANN afirma, por el contrario, que el procedimiento administrativo debe ser subsidiario respecto de procedimientos de composición entre particulares¹⁰⁶.

En general, nuestros procedimientos administrativos no reconocen la autocomposición de intereses entre particulares. Los intereses de éstos se tratan como situaciones jurídicas frente a la Administración.

Una técnica interesante de autocomposición se encuentra en el art. 7 BImSchG ("efecto campana"). Para el caso de que la Administración fije nuevos valores de inmisiones contaminantes, un Reglamento puede prever que sean los propios fabricantes de un determinado área quienes pacten las emisiones máximas de cada uno. Es decir, la Administración sólo se ocupa del valor final de inmisiones en un área, la distribución de las emisiones de cada fabricante (que son cláusulas accesorias de las licencias de cada uno) se hace por acuerdos entre éstos, en su caso con sus correspondientes compensaciones económicas.

¹⁰⁵ SCHMIDT-ABMANN, Der Verfahrensgedanke...cit., p.10

¹⁰⁶ SCHMIDT-ABMANN, Der Verfahrensgedanke...cit., p.32. Aunque el autor limita estas formas de actuación a los niveles "macrogubernamentales" (grandes o medias decisiones económicas, energéticas, etc.) pero no las aplica a las "relaciones microadministrativas" (estas denominaciones son del propio autor).

VII. Inclusión de cláusulas accesorias por silencio positivo.

La apertura hacia el silencio positivo iniciada por el art. 1. R.D-Ley 1/1986, de 14 de marzo, en relación con las licencias de actividades económicas, ha sido ahora confirmada por el art. 43.2 LRJAP. En relación con todos los actos "presuntos" hay qué preguntarse por cuál es su clausulado.

Se puede ensayar una respuesta general a partir del régimen de las licencias de apertura otorgadas por silencio positivo. Para ello hay que tener en cuenta que:

- El particular no puede obtener por silencio positivo aquello que no podía ser objeto de licencia expresa¹⁰⁷ (cfr.art. 178 LS; art. 1 R.D-L 1/86; art.30 OETLM).

- La fijación del clausulado de la licencia se realiza a partir de la solicitud, con memoria y proyecto, que presenta el particular, sobre lo cual ejerce la Administración su control de policía (art.33.3 RAMINP)

- En el caso de la licencia expresa, la Administración sigue ejerciendo sus facultades de control y de policía. Incluso cabe la fijación de nuevas cláusulas a la licencia (por tratarse de una "licencia de funcionamiento": vid.supra Cap.14 II C) a)).

Estos datos están presentes en la regulación de las "licencias presuntas" de la Instrucción de 1963 y del R.D-L 1/1986:

El art. 13.2 de la Instrucción de 1963 impone al beneficiado por el silencio positivo la obligación de

¹⁰⁷ Ernesto GARCIA-TREVIJANO GARNICA, El silencio administrativo en el Derecho español, Madrid 1990, p.173

notificar esta circunstancia a la Administración, a fin de que se practique a posteriori la "visita de comprobación", normalmente antecedente al inicio de la actividad (art.34 RAMINP). En esta inspección:

"Se tomará como punto de referencia las medidas correctoras propuestas por el beneficiario en su solicitud y aceptadas en la fase calificatoria por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos".

Es decir, las "medias correctoras" propuestas por el particular se tienen por cláusulas impuestas por la Administración y por tanto el titular de licencia por silencio está obligado a su cumplimiento¹⁰⁸.

Además, el art. 1 R.D-L 1/1986 dispone que una vez que se entiende otorgada la licencia por silencio positivo:

"La resolución expresa de la Administración podrá especificar el alcance de la autorización concedida y los requisitos y condiciones de ésta, dentro de los límites fijados por el Ordenamiento Jurídico y la solicitud del interesado".

O sea, que el silencio positivo no evita que la Administración imponga cláusulas adicionales.

Con los datos expuestos se pueden proponer los siguientes criterios para identificar las cláusulas accesorias de un acto obtenido por silencio positivo:

a) Son cláusulas del "acto presunto" como mínimo, el propio contenido de la solicitud del particular (sea plazo, condiciones, modos, etc.)

¹⁰⁸ TRUJILLO, Régimen...cit., p.191

b) El "acto presunto" se rige por las cláusulas impuestas en todo caso por la ley, se contengan o no en los actos expresos ("cláusulas iuris"). Y ello porque las reglas del silencio positivo liberan al particular de la obligación o carga de solicitar un acto, pero no del cumplimiento del Ordenamiento Jurídico. Lo que ordenan las leyes hay que cumplirlo, haya o no silencio.

c) Según la doctrina, el acto presunto contrario a la ley no es inválido, simplemente no existe¹⁰⁹. Ahora bien, no cualquier incumplimiento de la norma impide la existencia del acto presunto. Hace falta una contrariedad esencial de los solicitado con el Ordenamiento jurídico¹¹⁰. Por tanto, es posible un acto administrativo presunto con vicio de legalidad. En este caso, la Administración debe incluir todas aquellas cláusulas accesorias que sean necesarias para que el "acto presunto" sea conforme a la ley¹¹¹. Serán cláusulas modales, porque si fuera precisa una cláusula condicional (que es cláusula esencial) lo que ocurriría en realidad es que ni siquiera habría acto presunto. Sólo en el caso en que no sea posible la inclusión de la cláusula modal (por ejemplo, por derechos de terceros) la Administración puede

¹⁰⁹ Ernesto GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ob.cit., p.295

¹¹⁰ Ernesto GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ob.cit., p.177

¹¹¹ STS 26 septiembre 1990 (Az.7390). Así se deben solucionar los posibles problemas en la aplicación del art. 35 LS. Pues según este precepto "el acto de otorgamiento de la licencia (de edificación) fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable". En el supuesto -raro- de que la norma no fije plazos nada obsta a que pueda actuar el silencio positivo, pero entonces la Administración podrá fijar los plazos a posteriori, en la "licencia presunta" (En contra: SÁNCHEZ DÍAZ, Ob.cit., p.48, quien se plantea este supuesto precisamente para negar la posibilidad del silencio positivo y afirmar así el "carácter constitutivo" de la licencia de edificación)

anular el acto, por procedimiento de revisión (arts.102 y 103 LRJAP). Pero no hay una opción entre revisar e incluir modos: por exigencia del principio de proporcionalidad será preferible la imposición de cláusulas accesorias antes que la revisión del acto. Y en la imposición de nuevos modos habrá que ponderar la confianza legítima del particular en la permanencia del "acto presunto", lo que puede determinar indemnización u otro tipo de medidas (ayudas, plazos de adaptación etc.).

CAPITULO 21:
PROCESO Y CLÁUSULAS ACCESORIAS

La teoría de las cláusulas accesorias surgió como una cuestión de Derecho material, como correspondiente jurídico-público de las cláusulas accesorias del negocio jurídico privado (vid. supra II.B).). Pero hoy el tratamiento de las cláusulas accesorias tiene un sentido fundamentalmente procesal¹. Se trata de saber si el particular puede actuar procesalmente contra una determinada cláusula, a la que considera ilegal, sin cuestionar la totalidad del acto administrativo.

I. ¿Impugnación o revisión independiente de cláusulas accesorias?

Es objeto del proceso contencioso-administrativo, según el art. 1.1 LJCA : "Las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública". Para que haya proceso debe haber un acto administrativo que se impugna (art. 37.1. LJCA). Pero la LJCA sólo se refiere al acto administrativo como unidad, no a las partes del mismo, ¿Queda excluida la revisibilidad de alguna cláusula del acto, no de todo él? Se trata de analizar dos hipótesis²:

¹ J.MARTENS, Ob.cit., párr.272. Contra esta tendencia, WEYREUTHER reivindica el carácter sustantivo, no procesal, de la teoría de las cláusulas accesorias (Modifizierende Auflagen DVBl 1984, p.373).

² Este planteamiento, pero referido sólo al modo, en MÖBLE, Ob.cit., pp.232-233

1. Que el acto administrativo sea impugnable como unidad, pero sólo se deduzca pretensión de anulación en relación con alguna de sus cláusulas.

2. Que una cláusula del acto sea impugnable independientemente.

II. Revisión independiente de cláusulas accesorias.

El art. 84 c) LJCA dispone que el Tribunal "anulará total o parcialmente el acto o disposición recurridos". Aplicando aquí el principio de congruencia procesal (art.43.1 LJCA), resulta que si el Tribunal anula parcialmente el acto es porque en el "petitum" de la demanda eso era lo pretendido. De ello se deduce que el acto administrativo es una unidad en cuanto a su impugnación, pero no en cuanto a las pretensiones que se pueden deducir³. De acuerdo con esta posibilidad, el TS ha anulado muchas cláusulas, tanto condicionales como modales y cláusulas de precario⁴. La

³ También para Alemania, MÖBLE, Ob.cit., pp.232-233 (en relación con el art. 113 I 1 VwGO, según el cual el Tribunal contencioso-administrativo anula el acto administrativo "en la medida en que sea ilegal..."). En contra: BVerwGE 41,182.

⁴ STS 8 octubre 1976 (Az.4987): anulación del acto sólo en cuanto a la "condición de precariedad"; STS 14 mayo 1981 (Az.2060); STS 5 junio 1981 (Az. 2549): en el caso, se otorga licencia urbanística con la condición de que el receptor renunciase a efectos favorables derivados de anteriores actuaciones municipales; el particular impugna la licencia pretendiendo la anulación de sólo esa condición; el Tribunal estima el recurso, y declara: "La labor fiscalizadora que realiza la Sala sólo se proyecta respecto de la condición que a la licencia que en el mismo se otorgaba se imponía, único extremo sobre el que la entidad actora interpuso el previo y obligatorio recurso de reposición"; STS 29 mayo 1984 (Az.3149); STS 5 noviembre 1985 (Az.5541); STS 21 febrero 1989 (Az.1285): anulación de cláusula, en licencia de obras para canalización, por la que se impone una tubería de mayores dimensiones que las que necesitaba el particular; STS 12 diciembre 1989 (Az.9395): "...declaración como contrarios a derecho de los actos impugnados en el particular de la indicada situación de precario en la licencia concedida"; STS

anulación separada de una cláusula es absolutamente correcta cuando se trata de un acto reglado y el particular cumple todos los requisitos de la norma. Sin embargo, esta posibilidad de anulación parcial de cláusulas presenta problemas en otros casos de actos reglados y en todos los actos discrecionales. Y ello por aplicación al proceso contencioso de los criterios materiales del art. 64.2 LRJAP (vid supra Cap.15 II B).). De esto resulta:

A) En ocasiones (típicamente, en los actos reglados) las cláusulas accesorias sirven simplemente para otorgar aquéllo que, por no concurrir todos los requisitos de la ley, debería ser denegado (vid. supra Cap.10 II B) a.); con la cláusula se permite, por ejemplo, un cumplimiento diferido de algunas exigencias legales. Si el Tribunal anula esta cláusula...¡El acto restante es ilegal!⁵. En estos casos el Tribunal no puede anular sin más la cláusula, pues con ello el Tribunal estaría dictando un acto administrativo ilegal. Tampoco puede anular todo el acto, pues entonces habría incongruencia respecto de la pretensión procesal del demandante (art.43.1 LJCA)⁶. Y por último, el Tribunal tampoco debería desestimar

11 julio 1990 (Az. 6029); STS 24 octubre 1990 (Az.8179); STS 7 noviembre 1990 (Az.8750): Impugnación de una licencia concedida para la apertura de "pub". El solicitante impugna todo el acto, pero sólo con la pretensión de que se anule la "condición" de no instalar altavoces exteriores. El Tribunal anula sólo esta "condición"; STS 23 enero 1991 (Az.596); STS 12 febrero 1991 (Az.946); STS 2 julio 1991 (Az.5727); STS 7 septiembre 1991 (Az.6812): anulación independiente de una cláusula de precario; STS 24 octubre 1991, (Az.8179); STS 28 septiembre 1993 (Az.6629): anulación independiente de "condición suspensiva" (pago de cantidad por m2 de construcción), en licencia de edificación.

⁵ MÖBLE, Ob.cit., p.233

⁶ Esta es, pese al vicio de incongruencia comentado, la solución de la jurisprudencia: STS 9 junio 1978 (Az.2729): en el caso, la Administración había otorgado licencia para construir una buhardilla en un edificio afectado por servidumbre de carretera; para evitar la denegación, la Administración condiciona la licencia a que el particular

totalmente la demanda, porque la cláusula es ciertamente ilegal. En esta situación de bloqueo se pueden ofrecer las siguientes soluciones:

- Utilizar el trámite del art.43.2 LJCA, esto es, exponer al demandante la dificultad procesal de anular independientemente la cláusula impugnada. De esta "advertencia" puede resultar el desistimiento (art.88.1 LJCA) del demandante.

- Optar por la actuación más respetuosa con la legalidad y la tutela judicial efectiva. Esta es, en mi opinión, desestimar la demanda del particular⁷. A éste siempre le queda la posibilidad de ejercitar otra acción, esta vez con la pretensión de anulación total del acto (al tratarse de una pretensión distinta no actuaría el principio de cosa juzgada material⁸). Con esta nueva acción, el particular podría obtener una resolución jurisdiccional sobre la legalidad de

renuncie a cualquier indemnización (tanto por la buhardilla como por el resto del edificio), si el Ayuntamiento decide demoler el edificio. Declara el TS: "La exigencia de esta renuncia se eleva a presupuesto condicionante del...otorgamiento de la licencia, produce la nulidad del acto; debiendo la Autoridad provincial que lo ha emitido, dictar otro...". Y en STS 20 junio 1985 (Az.4907) se dice: "El acuerdo...(de licencia de construcción) tiene que ser necesariamente enjuiciado en su integridad y no haciendo abstracción, como pretende la promotora, de la licencia de edificación, ya que ésta ha sido concedida bajo un condicionado que forma con ella un todo inseparable y sin el cual su otorgamiento carecería de significado"

⁷ Esta es la solución también en BVerwGE NVwZ 1984, p.366: una licencia municipal para instalación de almacén de maderas se otorga con la carga de que se desmantele una tubería de combustible que pasa por el fundo del vecino. El Tribunal admite la impugnación de la cláusula, pero desestima la demanda porque considera que la carga formaba una unidad con la licencia. Sin aquélla carga la licencia otorgada sería ilegal.

⁸ Cfr. ALMAGRO/GIMENO/CORTES/MORENO, Derecho Procesal, Tomo I, vol.I, Valencia, 1986, párr.368, p.494.

la cláusula y su influencia sobre la validez del conjunto del acto. Esta solución es contraria al principio de economía procesal, pero respetuosa con la tutela judicial efectiva (que proscribe la incongruencia) y con el sometimiento del acto administrativo a la ley.

B) El conjunto de las cláusulas del acto constituye un sistema. Cuando la cláusulas son ejercicio de poder discrecional todas ellas son parte de una misma decisión. Sin alguna de ellas el acto no se habría dictado, o no con el mismo contenido. El problema que se plantea se puede explicar con el ejemplo de una concesión de costas: en la tramitación de la concesión el particular acepta las cláusulas accesorias que propone la Administración; pero una vez otorgada la concesión, su titular deduce pretensión de anulación de condiciones esenciales o del término final. Esta es la situación que ha tratado de evitar el art. 67 "in fine" LC⁹. Aunque este precepto es de difícil aplicación. Primero, porque la Administración sólo puede declarar extinguido el título (lo califico como revocación) cuando las cláusulas impugnadas sean válidas. Por tanto, la revocación sólo será posible cuando el Tribunal haya desestimado la demanda; pero no mientras la causa esté "sub iudice". Y segundo, porque si el Tribunal ha declarado la no ilegalidad de la cláusula la posterior revocación de la concesión sería inconstitucional; por dos razones: a) Porque la tutela judicial prestada por el Tribunal sería ignorada por la Administración: violación del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva). b) Porque el principio de separación de poderes (art.1.1 CE: Estado de Derecho) impide que la Administración tenga la última decisión en un asunto ya sentenciado por un Tribunal. En consecuencia, pese al intento del art. 67 in fine LC, la

⁹ Art.67 in fine LC : "Si el concesionario impugna las cláusulas que fueron aceptadas por él, la Administración estará facultada para declarar extinguido el título, salvo cuando aquéllas fueren ilegales"

cuestión de la impugnación de cláusulas de la concesión sigue sustancialmente abierta. Se pueden plantear aún las siguientes hipótesis:

1) Anulación independientemente de la cláusula inválida. Esta solución no es posible. Porque entonces el Tribunal sustituiría a la Administración en el ejercicio de una facultad discrecional. El Tribunal estaría dictando un acto administrativo discrecional distinto al que es objeto de impugnación¹⁰. Y resulta que en nuestra Constitución los Tribunales no tienen atribuida función administrativa, juzgan y hacen ejecutar lo juzgado (art.117.3 CE); no ejercitan facultades discrecionales, controlan su ejercicio conforme al fin de la norma (art.86.3 LJCA). En consecuencia, en estos casos el Tribunal debe abstenerse de anular independientemente la cláusula.

2) Anulación de todo el acto. Como ya dije arriba (supra a).), en este caso el Tribunal incurriría en vicio de incongruencia, ya que la pretensión del demandante estaba limitada a la anulación de cláusulas concretas, no de todo el acto. Por tanto, esta hipótesis es también rechazable.

3) Desestimación de la demanda. Al igual que en el caso del acto reglado (supra a).), esta es la única opción real que le queda al Tribunal. Se respeta el principio de separación de poderes, pues el Tribunal no sustituye la decisión discrecional de la Administración. Y al demandante le queda aún la facultad de renunciar a toda la concesión¹¹

¹⁰ La misma conclusión en Derecho alemán: EHLERS, Ob.cit., p.372

¹¹ Facultad ésta que es propia del acto administrativo necesitado de aceptación, no del contrato. Es cierto que el art. 78.1 f) LC exige para la extinción de la concesión el "mutuo acuerdo" de Administración y particular. Pero este acuerdo hay que interpretarlo en el mismo sentido que como se regula para la concesión de aguas en el art. 167.1 RDPH, esto

o de pretender la anulación de todo el acto.

III. ¿Impugnación o revisión independiente de modos?

A) Impugnación independiente del modo.

Esta es la cuestión más discutida, en relación con las cláusulas accesorias, de la doctrina alemana. Si se afirma que el modo en un acto administrativo independiente, como es frecuente en la doctrina alemana (Cap.5 I C).a).) la consecuencia procesal es la impugnabilidad separada¹². En este estudio he sostenido la tesis de que el modo no es un acto administrativo distinto, sino una parte relativamente independiente de un sólo acto administrativo (vid supra Cap.5 C).). De esta forma se evitan los siguientes problemas procesales, propios de la teoría del modo/acto independiente:

a) La legitimación procesal quedaría reducida a quienes tuvieran un interés legítimo o derecho¹³ en relación con ese modo, no con el acto total.

b) Hemos visto cómo en la formación de una resolución discrecional no hay una separación real entre modo y resto del contenido del acto. Por ello, si se impugna el modo independiente el resto de la resolución puede quedar

es, la Administración sólo se puede oponer a la renuncia cuando ésta vaya en perjuicio del interés general o de terceros.

¹² MÖBLE, Ob.cit., p.232; FUNK, Zur Anfechtbarkeit von Auflagen und "Genehmigungsinhaltsbestimmungen", BayVBl, 1986, p.105; SCHMIDT-PREUß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, Berlin, 1992, p.578. Para España: GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS, Derecho Administrativo I, cit., p.344

¹³ En Derecho alemán sólo se puede recurrir por vulneración de un derecho, no por interés legítimo (art.42.II VwGO)

desequilibrada (inoportuna) o ser, simplemente, ilegal¹⁴. Para soslayar esta crítica no queda más remedio que distinguir entre dos tipos de modos: los verdaderamente independientes y los conectados esencialmente con el resto de la resolución (modos esenciales)¹⁵. Sólo los modos verdaderamente independientes serían impugnables separadamente. Los demás tendrían el mismo régimen procesal que las condiciones, reservas de revocación y términos. Y si un modo es "esencial" y se fiscaliza como una condición, ¿Acaso no será una condición?

c) Sabemos que un modo "no independiente" no puede ser anulado por separado. Pues entonces quedaría viciado el acto administrativo en que se inserta. Sólo se podría anular un modo separadamente cuando el Tribunal comprobase que era independiente. Pero entonces se confunden los planos de la admisibilidad y de la estimabilidad del recurso. No se puede decidir sobre la admisibilidad del recurso independiente hasta que no se hace una valoración de fondo del modo (de si es independiente o no). No se puede admitir el recurso contra

¹⁴ En Sentencia BVerwGE 65,139 se propone una tercera vía. El Tribunal admite y estima el recurso independiente contra un modo en un acto discrecional (modo de aportación de cantidad, para la promoción de viviendas sociales, en un permiso - discrecional- de cambio de uso de edificio: de vivienda a oficina). La anulación del modo se debe a una aplicación desproporcionada de la norma sobre cambio de uso, ya que el particular había ofrecido suelo para viviendas, en lugar de la aportación de cantidad. Al decidir la anulación del modo, el Tribunal se da cuenta de que entonces queda alterada la decisión original, y propone la siguiente solución: la Administración aún puede revocar el acto por incumplimiento del modo (causa de revocación sin indemnización, según el art. 49 II 2 VwVfG). La solución me parece criticable, pues una vez anulado el modo ¿Cómo se puede incumplir?. Por lo demás, esta argumentación puede ser un instrumento peligroso para la interpretación del art. 67 in fine LC, comentado más arriba.

¹⁵ EHLERS, Ob.cit., p.373; MÖBLE, Ob.cit., p.197; para la concesión de aguas, BREUER, Ob.cit., pp.176-177.

el modo hasta que no se sabe que será estimable¹⁶. Resulta así un contrasentido: si se admite el recurso independiente, luego no se puede desestimar el recurso porque el modo no es verdaderamente independiente¹⁷.

d) Mientras el Tribunal resuelve sobre el modo impugnado (como acto independiente), el acto principal favorable puede haber ganado firmeza¹⁸.

e) En Derecho alemán se añade aún otra dificultad, propia de su peculiar sistema de recursos. Dado que hay varios tipos de recursos contencioso-administrativos, se trata de saber también cuál es procedente. Según el art. 42 I VwGO, si la Administración rechaza una solicitud procede un recurso por omisión (Verpflichtungsklage). En cambio, cuando la Administración dicta un acto ilegal procede un recurso de impugnación (Anfechtungsklage). La cuestión a determinar es: la imposición de un modo es un acto independiente decidido por la Administración (su impugnación sería por "Anfechtungsklage") o por el contrario el modo es algo tan íntimamente unido al resto del acto que determina una alteración radical de lo pedido, un acto distinto (y por tanto, al no haberse concedido lo solicitado, procede un recurso por omisión, "Verpflichtungsklage")¹⁹.

¹⁶ FUNK, Ob.cit., p.106; J.MARTENS, Ob.cit., p.190, nota 170. La contradicción que se comenta se encuentra en BVerwGE NVwZ 1984, p.366: el Tribunal admite el recurso contra un modo, pero lo desestima al apreciar que el modo forma una unidad con el resto del acto.

¹⁷ EHLERS, Ob.cit., p.372

¹⁸ SCHACHEL, Ob.cit., p.168

¹⁹ Vid. MÖBLE, Ob.cit., p.225. La jurisprudencia no es uniforme. Se afirma que el modo es parte integrante del acto, y por tanto sólo impugnabile mediante recurso de omisión (Verpflichtungsklage) en: BVerwGE 69,37 ("medida" en licencia de apertura: no usar combustible alto en azufre); BVerwGE 55,135 (modo económico en licencia discrecional de derribo); BVerwGE 56,264 (modo de no realizar actividad económica independiente, en permiso de residencia); BVerwGE DöV 1974, p.380 ("modo modificadorio": modo de límite de ruido en licencia de construcción para instalación de transporte de cemento); BVerwGE NVwZ 1984, p.366; la más reciente que he encontrado, aunque en instancia de apelación: OVG NW DVBl 1991, p.1366, donde se afirma rotundamente que el acto

B) Anulación independiente del modo.

En el proceso contencioso-administrativo español se recurre el acto en su totalidad. No sus partes por separado (argumento: art.37.1 LJCA)²⁰. Pero el recurrente puede deducir pretensión de anulación en relación con sólo una cláusula del acto. La sentencia, congruente con la demanda, sólo podrá:

a) Anular la cláusula, siempre que sea una "parte independiente" del acto, en los términos del art. 64.2 LRJAP. Se trata de una anulación parcial del acto, prevista en el art.83 LJCA. El Tribunal no puede anular más que la cláusula modal, de lo contrario incurriría en incongruencia: art.43.1 LJCA²¹.

b) Desestimar la demanda: el acto es válido en todas sus cláusulas. El Tribunal puede apreciar que la cláusula impugnada es "de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado" (art.64.2 LRJAP). En este caso no anulará la cláusula independientemente, sino que desestimaré la demanda. Porque una cláusula tan esencial ya no es un modo, sino una condición potestativa. En

administrativo es parcialmente anulable en cuanto a alguna de sus cláusulas -así, un modo-, pero que ninguna de esas cláusulas es impugnabile independientemente. Es previsible la consolidación de esta doctrina judicial. En cambio, se permite la impugnación independiente del modo en: BVerwGE 36,145 (modo de reversión -parcial- en autorización de aprovechamiento hidráulico); BVerwGE 65,139 (modo económico por cambio de uso urbanístico).

²⁰ En cambio, GALLEGO ANABITARTE/DE MARCOS admiten, con cautelas, la impugnación independiente del modo (Derecho Administrativo I, cit., p.344)

²¹ En STS 24 octubre 1991 (Az.8179) el Tribunal anula separadamente una cláusula incluida en una licencia de obras, por la que se exigía una tasa de 1.000 pts. por cada m2 construido.

consecuencia hay que aplicar la solución de desestimación expuesta supra II.

IV. Pretensión de imposición de otras cláusulas por tercero.

Al dictarse un acto administrativo favorable puede resultar afectado un tercero (p.ej.: molestias al vecindario, por concesión de licencia de apertura). El interés o derecho de este tercero está limitado a no sufrir perjuicios en su status jurídico. Su situación jurídica queda protegida mediante la imposición de modos al titular del acto. Para la protección del tercero no es necesaria la anulación de todo el acto. Es más, a la Administración ya no le es posible replantearse todo el acto²² (salvo procedimiento de revisión o revocación administrativa, con los posibles costes de indemnización).

Pero procesalmente la defensa del interés/derecho del tercero plantea dificultades. Al tratarse de un modo (parte "independiente" del acto), lo correcto sería negar legitimación activa al tercero afectado para impugnar el acto favorable, dado que su interés está limitado a la obtención de protección frente a un daño, no la anulación de un acto. Pero entonces hay que analizar las vías procesales del tercero para obtener esa protección: Dado que en nuestro Derecho no hay una acción directa por omisión administrativa (sólo hay recurso, contra acto expreso o presunto), el tercero afectado debe solicitar en vía administrativa la imposición de modos a un acto ya dictado. Si la Administración deniega (presunta o expresamente) esta solicitud procede el recurso contencioso-administrativo contra esa denegación. Y entonces el Tribunal puede imponer a la Administración la fijación de un nuevo modo junto al

²² MÖBLE, Ob.cit., p.234

acto inicial. Pero ese modo representa en realidad un nuevo gravamen para el titular del acto, carga que se impone sobre una situación jurídica ya delimitada. Con las siguientes consecuencias:

1. Cuando el acto contenía reserva de introducción de modos, nada puede objetar el destinatario del acto (siempre y cuando, el modo nuevamente impuesto sea proporcional y no quiebre un mínimo de protección de confianza legítima que en todo caso hay que reconocer al destinatario del acto).

2. También hay obligación de soportar este nuevo modo cuando la norma permite a la Administración la inclusión de cláusulas adicionales. Es el caso de las "licencias de funcionamiento" (vid supra Cap.14 II C) a.).

3. En los demás casos, el titular del acto está obligado a cumplir los modos que fije la Administración en ejecución de sentencia. Pero también la Administración está obligada a compensar. Pues el acto originariamente dictado, con daño o en perjuicio de terceros, era parcialmente ilegal. A quien legítimamente ha confiado en el acto (se excluye a quien conocía el posible daño a tercero) no le es exigible el cumplimiento llano del nuevo modo. La Administración debe proteger la situación de seguridad jurídica del titular del acto. A ello se llegará mediante indemnización (por el instituto de la responsabilidad: art.139.1 LJCA), sin excluirse otras medidas (ayudas, plazos de adaptación).

V. ¿Suspensión independiente de una cláusula?

A) Suspensión del modo como acto independiente.

Como ya hemos visto, gran parte de la doctrina alemana considera que el modo es un acto independiente (vid. supra Cap.5 I C) a).). La impugnación -separada- de este acto llevaría aneja la suspensión automática de su eficacia (art. 80 I VwGO²³). Este resultado ha sido ampliamente criticado, por las siguientes razones²⁴:

- El particular disfruta ya del acto, sin que se cumpla el modo. Ello significa, por ejemplo, que el concesionario de aguas puede dañar el dominio público, mientras se resuelve su recurso contra una carga modal de protección medioambiental. O un fabricante puede perjudicar a sus vecinos, mientras el Tribunal decide sobre la legalidad del modo de no usar ciertos combustibles.

- El efecto suspensivo -automático- está pensado para casos en que el particular ve reducida sus facultades jurídicas, como consecuencia del acto dictado. Pero no para el caso en que el particular amplía su esfera jurídica, y a esta ampliación se acompañan ciertas cargas.

²³ La suspensión automática distinguiría, en principio, la impugnación del acto administrativo en la VwGO y en la LJCA. Pero esta diferencia de principio es mucho menos nítida de lo que parece. Pues el art. 80 II VwGO contiene importantes excepciones a la regla de la suspensión automática, entre ellas los números 2. y 4., donde se evita el efecto suspensivo automático tras una ponderación entre interés público y privado. Y en Derecho español, los Tribunales han cambiado radicalmente en los últimos años la interpretación del art. 122.2 LJCA (suspensión sólo cuando la ejecución del acto pudiera causar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil); ahora (según expone CHINCHILLA, La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, 1991, pp. 143-162) prima el criterio interpretativo de la Exposición de Motivos de la LJCA, esto es, la suspensión es una cuestión de ponderación entre interés público e interés particular.

²⁴ SCHACHEL, Ob.cit., p.168

Estas críticas vienen a corroborar la inadecuación de la doctrina del modo como acto independiente.

B) Suspensión de una cláusula de un acto impugnado como unidad.

Arriba se ha rechazado la impugnación independiente de una cláusula del acto. El acto se recurre como unidad. Aunque sí se puede pretender y obtener la anulación de sólo una cláusula del acto recurrido. Se puede plantear entonces la suspensión de sólo una cláusula del acto impugnado. Ciertamente es que el art. 122 LJCA sólo habla de suspensión del "acto impugnado", no de sus cláusulas. Pero este precepto hay que interpretarlo de acuerdo con el art. 24.1 CE: tutela judicial (cautelar) efectiva²⁵. De aquí se deriva un criterio de principio en favor de la suspensión separada de alguna cláusula del acto, cuando con ello se sirva mejor a la justicia, en este caso cautelar.

Para que se dicte la suspensión han de cumplirse los requisitos propios de las medidas cautelares²⁶. Debe haber "periculum in mora" (certeza sobre la producción de daño irreversible, aunque fuera resarcible²⁷). No hay "periculum in mora" en relación con una reserva de revocación o de modificación, pues se trata de cláusulas que sólo pueden perjudicar en el futuro²⁸. Las condiciones resolutorias

²⁵ Este criterio interpretativo, en CHINCHILLA, Ob.cit., pp.159 y 168.

²⁶ La suspensión es precisamente la única medida cautelar de la LJCA: RODRIGUEZ-ARANA, La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso), Madrid, 1986, p.193

²⁷ CHINCHILLA, Ob.cit., p.43

²⁸ El TS ha considerado que estas cláusulas no se pueden enjuiciar en abstracto, sino sólo cuando se produzca, en el futuro, la revocación o modificación (vid. supra Cap.13 III)

casuales, como principio general, tampoco pueden producir daño como consecuencia de la dilación del proceso; tampoco hay "periculum in mora" en relación con plazos de caducidad (que son, ya hemos visto, condiciones resolutorias potestativas), pues la consecuencia de caducidad sólo se producirá al final del plazo, no inmediatamente. Y tampoco hay "periculum in mora" para el caso de que la cláusula cuya anulación se pretende sea un término, pues este tiene efectos extintivos futuros, no actuales.

Si se puede dar un daño irreversible en algunos casos de condiciones resolutorias potestativas (cuyo incumplimiento pueda determinar con rapidez la declaración de caducidad), en las condiciones suspensivas (el acto aún no puede producir efectos, y por tanto el daño es actual) y en los modos (pues obligan desde el momento de su imposición). En estos casos hay que comprobar si se da el segundo requisito para la imposición de una medida cautelar: la existencia de "Fumus boni iuris"; esto es, probabilidad de que sea estimada la pretensión procesal²⁹. Si la Sentencia contiene un juicio de certeza sobre la pretensión, el Auto de suspensión contiene un juicio de probabilidad sobre la futura Sentencia. El Auto de suspensión ha de ser un paralelo -probable- de la futura Sentencia. Y consecuentemente el Auto de suspensión no podrá decidir lo que tampoco se podría resolver por Sentencia. Por ejemplo, el Auto no podrá declarar la suspensión de una condición cuya anulación se pretende, pues tampoco a la Sentencia le es posible anular separadamente esa parte del acto administrativo (vid supra II). El Auto si podrá declarar la suspensión de un modo, en la medida en que también la Sentencia podrá anular independientemente esa cláusula modal.

A) b) aa).)

²⁹ RODRIGUEZ-ARANA, La suspensión...cit., p.191; CHINCHILLA, Ob.cit., p.45

Como característica peculiar del contencioso-administrativo³⁰, aun existiendo "periculum in mora" y "fumus boni iuris" es necesario también, para suspender la eficacia de un cláusula (ya sólo modal), que "la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil" (art.122.2 LJCA). Y entiéndase esta regla en el sentido del párrafo V.7) de la Exposición de Motivos de la LJCA³¹: " Al juzgar sobre su procedencia (sobre la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". En este sentido, los modos económicos y las tasas³², en tanto no suponen un grave quebranto para el interés público, deben ser suspendidos por el Tribunal.

Y si el juicio del Tribunal es favorable a la suspensión de la carga modal, debe también el Tribunal imponer caución, "si pudiera resultar algún daño o perjuicio a los intereses públicos o de tercero" (art.124.1 LJCA). Este es el caso de los modos de protección de terceros, o de protección de intereses generales (por ejemplo, medioambiente adecuado).

³⁰ CHINCHILLA, Ob.cit., p.44

³¹ J. TORNOS MAS, Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial. (Comentario a los Autos de la Sala 4a del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y 4 de abril de 1988), REDA 61 (1989), pp.119 y ss.

³² Según CHINCHILLA, la suspensión judicial de las liquidaciones tributarias ha de regirse por la misma regla de la vía económico administrativa, esto es, la suspensión con fianza (Ob.cit., p.153)

Conclusiones

I. La teoría de las cláusulas accesorias en el acto administrativo es una consecuencia de la recepción del negocio jurídico (privado) en Derecho administrativo. La calificación negocial del acto administrativo, aunque criticable, sigue siendo un instrumento técnico-jurídico útil.

II. Hay cláusula accesoria, no cláusula "iuris", siempre que la Administración disfrute de un margen de decisión, ponderación o valoración en el caso concreto. Sólo hay cláusula "iuris" cuando el acto administrativo se limita a repetir lo ya dispuesto en la norma.

III. La llegada de un término final extingue automáticamente la eficacia del acto administrativo: caducidad. Dado que la extinción es "ipso iure", la llamada "prórroga del acto" es en realidad un nuevo acto administrativo.

IV. El cumplimiento de una condición resolutoria extingue la eficacia interna del acto administrativo. Esta extinción necesita previa declaración de caducidad y tiene, en principio, efectos retroactivos. El cumplimiento de una condición suspensiva determina el inicio de la eficacia interna de un acto administrativo. Dicho inicio de eficacia es "ipso iure" y "ex tunc".

V. El modo (obligación de hacer, no hacer o soportar) es una parte relativamente independiente de un único acto administrativo. El incumplimiento de esta obligación determina la ejecución forzosa por parte de la Administración, y sólo en última instancia la revocación del acto.

VI. Las "delimitaciones de contenido" del acto administrativo no son un nuevo tipo de cláusulas accesorias, sino condiciones o modos.

VII. La reserva de revocación actúa siempre en el marco de las leyes: concretando supuestos revocatorios o eliminando la indemnización por revocación. La reserva no crea un régimen peculiar de revocación, su efecto consiste en debilitar la confianza del particular en la permanencia indefinida del acto.

VIII. La reserva de modificación es un "minus" respecto de la reserva de revocación, y en nuestro Derecho se puede referir tanto a la modificación de modos como a otras cláusulas esenciales del acto. La reserva de decisión es un "no resolver" parcialmente.

IX. Las cláusulas de determinación temporal del acto (término, reserva de revocación, condición) se distinguen por el grado de automatismo en sus efectos. La cláusula más automática es el término, la más aleatoria es la reserva de revocación. Las cláusulas rectoras (modo, condición potestativa) se distinguen por su esencialidad en el conjunto del acto, lo que se manifiesta también en las consecuencias de su incumplimiento: el modo se ejecuta forzosamente y sólo en última instancia puede provocar la revocación del acto; el incumplimiento de condición resolutoria potestativa obliga a la Administración a declarar la caducidad del acto.

X. No hay actos administrativos que "por naturaleza" excluyan las cláusulas accesorias. La admisibilidad de estas cláusulas las decide cada norma. En el acto administrativo reglado lo normal es que las cláusulas accesorias concreten conceptos normativos indeterminados, aunque en ciertos casos se admiten cláusulas modales no previstas en la ley. El acto administrativo discrecional admite, en principio, todo tipo

cláusulas es no ya facultad, sino obligación de la Administración. Más allá de estos principios generales, todas las cláusulas accesorias tienen límites derivados del principio de legalidad : vinculación material entre cláusula y acto; prohibición de acoplamiento de competencias.

XI. Más allá de la legalidad, cada cláusula accesoria está sometida a la Constitución, fundamentalmente a los principios que componen el Estado de Derecho: proporcionalidad, seguridad jurídica, sometimiento a los derechos fundamentales.

XII. Es lícito el consentimiento del particular a una cláusula gravosa no prevista en la ley. Aunque con los límites materiales del art. 88 LRJAP.

XIII. Cada tipo de cláusula accesoria presenta notas peculiares para su admisibilidad. El Ordenamiento administrativo sólo contiene una autorización general para la condición suspensiva y el término inicial (art.57.1 y 2. LRJAP). La condición es un cláusula especialmente gravosa, por lo que su inclusión es de interpretación restrictiva. La reserva de revocación sólo es admisible en el marco de la ley, aunque con criterio flexible, porque ofrece dos momentos de control: cuando se incluye en el acto y cuando se decide la revocación. La reserva de decisión es admisible siempre que con ello no se produzca una "no resolución" de la solicitud del particular. El modo, al ser una parte del acto administrativo, no necesita una autorización especial expresa; y los criterios de admisibilidad son flexibles, debido a la baja intensidad del gravamen modal.

XIV. La modificabilidad de las cláusulas del acto administrativo no depende del tipo de acto, sino de lo que disponga la ley y de la aplicación, al caso concreto, de los principios de proporcionalidad y protección de la confianza

legítima.

XV. La nulidad de una cláusula accesoria no vicia la totalidad del acto administrativo, salvo que esta cláusula fuera esencial en el conjunto del acto. La cláusula modal se tiene por no puesta.

XVI. La licencia de apertura admite cláusulas accesorias: normalmente son concreción de conceptos normativos indeterminados, aunque también pueden servir para evitar una denegación desproporcionada. Las delimitaciones de la actividad permitida pueden ser condiciones o modos; las distancias y emplazamientos son condiciones potestativas; las "medidas correctoras" son normalmente modos, salvo las esenciales, que son condiciones potestativas. También es posible la reserva de revocación (licencia provisional), pero no el término.

XVII. La licencia de edificación admite cláusulas accesorias: cuando las expresamente las prevé; para concreción de estándares urbanísticos; y para evitar una denegación desproporcionada. Los plazos de caducidad de la licencia son condiciones potestativas resolutorias, al igual que las condiciones de urbanización simultánea a la edificación. Los modos sirven para asegurar el cumplimiento de requisitos normativos secundarios. También son posibles reservas de revocación (licencias provisionales).

XVIII. Tanto la subvención reglada como la discrecional admiten cláusulas accesorias. Cada subvención contiene una condición potestativa resolutoria: el fin de la subvención, y varias cláusulas modales ("obligaciones con motivo de la subvención"). Ante un incumplimiento del fin, la Administración debe declarar la caducidad de la subvención, con efectos retroactivos (intereses). En cambio, ante el incumplimiento de modos procede la ejecución forzosa, y sólo

en última instancia la revocación, que sólo tendrá efectos a futuro.

XIX. La concesión de dominio público contiene cláusulas accesorias impuestas por la norma, pero concretadas por la Administración; y también cláusulas accesorias directamente incluidas por la Administración. Estas cláusulas pueden delimitar el derecho concedido o imponer un gravamen adicional. Las cláusulas esenciales son condiciones potestativas: fin de la concesión, espacio ocupado, caudal, etc. Son cargas modales las cláusulas de protección del dominio público o de terceros, las cláusulas de reversión y las obligaciones económicas (cánones, tasas). También existen reservas de revocación (cláusulas de precario) y términos, iniciales o finales.

XX. Las cláusulas accesorias se fijan a través del procedimiento administrativo. En éste participan tanto el particular solicitante (proponiendo o pactando cláusulas accesorias) como otros órganos administrativos (con propuesta, vinculante o no, de cláusulas accesorias) y terceros interesados en la inclusión de modos de protección.

XXI. Ninguna cláusula accesorial puede ser impugnada independientemente. Pero si es posible deducir pretensión de anulación en relación con sólo una cláusula del acto. El Tribunal estimará la demanda cuando la cláusula sea una parte no esencial del acto: carga modal (aunque no se excluye la anulación independiente de otras cláusulas). La suspensión de efectos de una cláusula accesorial depende también de su no esencialidad en el conjunto del acto.

BIBLIOGRAFIA

ALBACAR, J.L./DE CASTRO GARCIA, J.:

Código civil, Doctrina y jurisprudencia, 2. Edición,
noviembre 1991.

ALBALADEJO, M.:

Derecho civil I, vol.2, 9.Ed., Barcelona, 1985
El negocio jurídico, Barcelona, 1958.

ALFARO, J.:

Autonomía privada y derechos fundamentales, en ADC XLVI,
vol.I [1993]

ALMAGRO, J./GIMENO, V./CORTES, V./MORENO, V.:

Derecho Procesal, Tomo I, vol.I, Valencia, 1986

ALBI, F.:

Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones
locales, Madrid, 1960

ALVAREZ SUAREZ, U.:

El negocio jurídico en Derecho romano, Madrid, 1954.

ALVAREZ VIGARAY, R.:

La retroactividad de la condición, ADC 1964, pp.829 y
ss.

AMELUNG, K.:

Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines
Grundrechts, Berlin, 1981

ARIÑO ORTIZ, G.:

Derechos del Rey, derechos del Pueblo, en "Actas del II Symposium de Historia de la Administración, IEA, Madrid, 1971, pp.41 y ss.

ARRIETA MARTINEZ DE PISON, J.:

Régimen fiscal de las aguas, Madrid, 1991

BACIGALUPO, M.:

La aplicación de la doctrina de los "límites inmanentes" a los derechos fundamentales sometidos a reserva de delimitación legal, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", n.38 [1993], pp.297 y ss.

BADURA, P.:

Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage, Jus 1964, pp.103 y ss..

Das Verwaltungsverfahren, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Ed., Berlin, 1992, pp.423 y ss.

BALLBÉ, M.:

Voz Actos Administrativos, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, vol.II, Barcelona, 1950, pp.294 y ss.

BAÑO LEÓN, J.M.:

Los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración, en "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", (Dirigido por J.LEGUINA y M.SANCHEZ MORON), Madrid, 1993.

BATTIS, U. / KRAUTBERGER, M. / LÖHR, R.-P.:

Baugesetzbuch, 3.Ed., München, 1991

BETANCOR, A.:

El acto ejecutivo, CEC, Madrid, 1992

BETTI, E.:

Teoría general del negocio jurídico, traducción de
Martín Pérez, s.f.

BLASCO GASCO, F.:

Cumplimiento del contrato y condición suspensiva,
Valencia, 1991

BLECKMANN, A.:

Subventionsrecht, Stuttgart, 1978

BOQUERA OLIVER, J.M.:

El condicionamiento de las licencias, RAP 37 (1962),
pp.173 y ss.

Estudios sobre el acto administrativo, 5.Ed., Madrid,
1988

BREUER, R.:

öffentliches und privates Wasserrecht, 2.Ed. München,
1987

BREWER-CARIAS, A.R.:

Principios del procedimiento administrativo, Madrid,
1990

BULLINGER, M.:

Vertrag und Verwaltungsakt, Stuttgart, 1962.

CARCABA FERNANDEZ et alter:

Negocio jurídico y representación, Madrid 1989

CARIOTA, L.:

El negocio jurídico (Traducido y anotado por ALBADALEJO), Madrid, 1956

CARRETERO PEREZ, A./CARRETERO SANCHEZ, A.:

Derecho administrativo sancionador, Madrid, 1992

CASTAN, J.:

Derecho civil español, común y foral, T.I, Vol.2, Madrid, 1955.

El modo en los actos jurídicos, RDP 1918, pp.91 y ss.

CHACON ORTEGA, L.:

Manual de procedimiento y formularios para Ayuntamientos II, 1991,

CHAPUS, R.:

Droit administratif général, T.1, 4 Ed., Paris, 1988

CHINCHILLA MARIN, C.:

La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, Madrid, 1991

COLMEIRO, M.:

Derecho Administrativo Español, vol.I, 4. Ed., 1876

DE ASIS ROIG, A.:

Tres sentencias sobre la cláusula de precario en Derecho administrativo, RAP 116 (1988), pp.131 y ss.

DE CASTRO, F.:

El negocio jurídico, Madrid, 1985,

Las condiciones generales y la eficacia de las leyes,
2.Ed., Madrid, 1985

Temas de Derecho civil, Madrid, 1972

DEGENHART, Ch.:

Rechstaat-Sozialstaat, en "Festschrift für Scupin",
1988.

Staatsrecht I, 7.Ed., Heidelberg, 1991

DE JESUS, G./LONGAS.A.:

El instituto de la caducidad de las licencias de obras,
RDU 109 (1988), pp.107 y ss.

DE LA MORENA, L.:

Actividades clasificadas y protección del medio
ambiente, RAP 94 (1981), pp.89 y ss.

DE LOS MOZOS, J.L.:

Voz "Modo", en NEJ Seix, Tomo. XVI, 1978, pp.545 y ss.
El negocio jurídico, Madrid, 1987

DE OTTO, I.:

Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, Barcelona,
1987

DE ROVIRA, A.:

Voz "Condición" en NEJ Seix, tomo IV, Barcelona, 1952

DEL SAZ, S.:

Aguas subterráneas, aguas públicas, Madrid, 1990

DEVOLVÉ, P.:

L'acte administratif, Paris, 1983

DIAZ LEMA, J.M.:

Subvenciones y crédito oficial en España, IEF, Madrid, 1985

DIEZ-PICAZO, L./GULLON. A.:

Sistema de Derecho civil, vol.I, 5. Ed. Madrid, 1984; vol.II, 4. Ed., 1983; vol.IV, 3.Ed., 1983

DOMPER FERRANDO, J.:

El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas, vol.II: La normativa del Estado y de las Comunidades Autónomas, Madrid, 1993.

DREIER, H.:

Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, Tübingen, 1991.

DREWS, B./WACKE, G./VOGEL, K./MARTENS, W.:

Gefahrenabwehr, 9.Ed. Köln, Berlin, Bonn, München, 1985

DROMI, J.R.:

El acto administrativo, IEAL, Madrid, 1985

DÜRIG, G.:

Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger, en "Festschrift für Apelt", München u. Berlin, 1958, pp.13 y ss.

EHLERS, D.:

Verwaltungsrechtsdogmatik und modifizierende Auflage, VerwA. 67 (1976), pp.369 y ss.

EICHBERGER, M.:

Die Ausübung des Widerrufsvorbehalts im Wirtschaftsverwaltungsrecht, GewArch. 1983/4, pp.105 y ss.

EISENTRAUT, H.:

Bedingungen, Befristungen und Auflagen im preußischen Baupolizeirecht (tesis doctoral multicopiada), Aschersleben, 1925.

ELSTER, T.:

Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, Göttingen, 1979

ENGELHARDT, S.:

Die Anordnung über Schutzanlagen im Planfeststellungsbeschluß, BayVBl 1981, 389 y ss.

ENNECERUS, L./KIPP, T. /WOLFF, M.:

Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, vol.I, 11.Ed., Marburg, 1931

ENTRENA CUESTA, R.:

El servicio de taxis, RAP 27 (1958), pp.29 y ss.

Las licencias en la legislación local, REVL 107 (1959), pp.641 y ss.

Curso de Derecho administrativo, vol. I/1, 8.Ed., Madrid, 1983

ERICHSEN, H-U.:

Die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs-und Kontrollmaßnahmen im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, DVBl 1985, pp.22 y ss.

Das Verwaltungshandeln, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Ed. Berlin 1992,

ESCOLANO DE ARRIETA, P.:

Práctica del Consejo Real en el despacho de los negocios consultivos, instructivos y contenciosos: con distinción de los que pertenecen al Consejo Pleno, o a cada sala en particular: y las fórmulas de las cédulas, provisiones, y certificaciones respectivas, Tomo I, Madrid, 1796 - Obra póstuma-.

ESCRICHE, J.:

Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, tres tomos, 2.Ed., Madrid, 1838.

ESTEBAN DRAKE, A.:

El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal, Madrid, 1981.

FELDHAUS, G.:

Bundes-immssionsschutzrecht, 2.Ed. Wiesbaden, actualización: junio 1987.

FERNANDEZ DE VELASCO, R.:

El acto administrativo, Madrid, 1929

FERNANDEZ FARRERES, G.:

La subvención: concepto y régimen jurídico, IEF, Madrid, 1983.

De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el Derecho español RAP 113 (1987), pp.39 y ss.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, Tomás-Ramón:

El medio ambiente urbano y las vecindades industriales,
Madrid, 1973.

Manual de Derecho urbanístico, 7.Ed., Madrid, 1987

FLEINER, F.:

Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8.Ed.,
Tübingen, 1928 (reimpresión, 1963)

FLUME, W.:

Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Das
Rechtsgeschäft, 1975, Párr.5.6

FORSTHOFF, E.:

Lehrbuch des Verwaltungsrecht, 10.Ed., München, 1973

FRANßEN, E.:

Über bedingungsfeindliche Verwaltungsakte (tesis
doctoral multicopiada), Münster, 1968

FUENTESECA, P.:

Derecho privado romano, Madrid, 1978

FUNK, W.:

Zur Anfechtbarkeit von Auflagen und
Genehmigungsinhaltbestimmungen, BayVB1, 1986, pp.105 y
ss.).

GALLEGO ANABITARTE, A.:

Las relaciones especiales de sujeción y el principio de
legalidad de la Administración, RAP 34 (1961), pp.11 y
ss.

Ley y Reglamento en el Derecho público occidental, IEA,
Madrid, 1971

Derecho General de Organización, IEA, Madrid, 1971

Administración y jueces: gubernativo y contencioso, IEA, Madrid, 1971

La acción concertada: Nuevas y viejas técnicas jurídicas de la Administración, en "Homenaje al Profesor Juan Galvañ Escutia", Universidad de Valencia, 1980, pp.191 y ss.

Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, prelección de "Derecho Administrativo, Programa y Guía para su estudio", Universidad Autónoma de Madrid, 1980

Función ejecutiva, actuación administrativa y discrecionalidad, en "Derecho Administrativo, programa y guía para su estudio", Universidad Autónoma de Madrid, 1985, pp.13 y ss.

Concesión de aguas subterráneas, Conferencia pronunciada el 16 de febrero de 1993. Consejo General del Poder Judicial

Expropiaciones y supuestos indemnizatorios en el Texto Refundido de 1992, en "Catastro" 17 [1993], pp.8 y ss.

Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. Valoraciones. Expropiación y venta forzosa. RDU 134 [1993], pp.13 y ss.

Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales: Una recepción jurídico doctrinal. De próxima publicación.

GALLEGO ANABITARTE, A./DE MARCOS, A.:

Derecho Administrativo I, Madrid, 1989 (hay reimpresiones revisadas posteriores)

GALLEGO ANABITARTE, A./DÍAZ LEMA, J.M./MENENDEZ REXACH, A.:

El Derecho de aguas en España, (dos volúmenes), MOPU, Madrid, 1986

GARCIA DE ENTERRIA, E.:

El problema de la caducidad de las concesiones de aguas públicas y la práctica de las concesiones en cartera, RAP 17 (1955), pp.269 y ss.

Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, IEP, Madrid, 1956

La ejecución autonómica de la legislación del Estado, Madrid, 1983

La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 3.Ed., Madrid, 1983 (reimpresión, 1991).

¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio consitucional? Una nota, RAP, 124 (1991), pp.211 y ss.

GARCIA DE ENTERRIA, E./FERNANDEZ RODRIGUEZ, T-R.:

Curso de Derecho Administrativo I, 4. Ed. Madrid, 1984,

GARCIA GOYENA, F.:

Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, T.II, Madrid, 1852

GARCIA OVIEDO, C.:

Derecho Administrativo I, 6a Ed, Madrid, 1957

GARCIA PEREZ, M.:

Concesións sobre dominio público marítimo-terrestre,
Santiago de Compostela, 1993,

GARCIA-TREVIJANO FOS, J.A.:

Caducidad de concesiones hidráulicas, RAP 16 (1955),
pp.261 y ss.

Tratado de Derecho Administrativo I, 3.Ed., Madrid,
1974.

Los actos administrativos, Madrid, 1986

GARCIA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto:

El silencio administrativo en el Derecho español, Madrid
1990

GARRIDO FALLA, F.:

El negocio jurídico del particular en el Derecho
administrativo, RAP 1 (1950)

Tratado de Derecho Administrativo, vol.I, 10.Ed.,
Madrid, 1987; vol.II, 8.Ed., 1987.

GASCON Y MARIN, J.:

Tratado de Derecho administrativo, Tomo I, 7. Ed.,
Madrid, 1941

GAY DE MONTELLA/MARSO ESCOFET:

Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas,
Barcelona, 1956

GERBER, K.F.W.:

Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts,
2.Ed. Leipzig, 1869

GERN, A./WACHENHEIM, O.:

Nebenbestimmungen in Verwaltungsakten, JuS 1980, pp.276 y ss,

GIANNINI, M.S.:

Diritto Amministrativo, Milano, 1970

GÖTZ, V.:

Recht der Wirtschaftssubventionen, Berlin, 1966.

Rückforderung von Subventionen, NVwZ 1984, pp.480 y ss.

GOMEZ CORRALIZA, B.:

La caducidad, Madrid, 1990

GONZALEZ MARIÑAS, J.:

Una nueva perspectiva jurídico pública para el estudio de las cláusulas voluntarias del acto administrativo, en "Libro Homenaje al profesor Villar Palasí", Madrid, 1989.

GONZALEZ NAVARRO, F.:

Derecho Administrativo Español, Tomo II, Pamplona 1988

GONZÁLEZ NAVARRO, F./BLANCO DE TELLA, L.:

Organización y procedimientos administrativos, Madrid, 1975

GONZALEZ PEREZ, J.:

Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo, 2.Ed., Madrid, 1988.

El principio general de la buena fé en el Derecho administrativo, 2.Ed., Madrid, 1989

Los derechos reales administrativos, 2.Ed., Madrid, 1989,

Comentarios a la Ley del Suelo I, (* TR 1976) 5.Ed., reimpresión 1990.

Nuevo régimen de las licencias de urbanismo, Madrid, 1991

GONZALEZ PEREZ, J./GONZALEZ NAVARRO, F.:

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993.

GONZALEZ-ALEGRE, M.:

Las relaciones de vecindad, Madrid, 1967

GRECO, G.:

L'atto amministrativo condizionato, Padova, 1993

GUAITA, A.:

Eficacia del acto administrativo, RAP 25 (1958), pp.159 y ss.

Voz "Incongruencia de actos administrativos", en NEJ XII, Barcelona, 1965

El concepto de acto administrativo, en "Filosofía y Derecho". Estudios en honor del profesor José Corts Grau, Universidad de Valencia, 1977, pp.397 y ss.

Derecho Administrativo, Aguas, Montes, Minas, 2.Ed. Madrid, 1986.

HÄBERLE, P.:

Grundrechte im Leistungsstaat, en VVDStRL 30 (1972),
pp.43 y ss.

HATTENHAUER, H.:

Los fundamentos histórico-idológicos del Derecho alemán.
Entre la jerarquía y la democracia (traducción de
Izquierdo Macías-Picavea), Madrid, 1981

HEFERMEHL:

Bedingung, Zeitbestimmung, en ERMAN, "Handkommentar zum
Bürgerlichen Gesetzbuch, Band.I", 8.Ed., Münster, 1989,
p.354 y ss.

HENKE, W.:

Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches
Vertragsrecht, Tübingen, 1979,

HERBELLA DE PUGA, B.:

Derecho practico y estilos de la Real Audiencia de
Galicia, Santiago, 1768 (Signatura BN: 3/56207)

HESSE, K.:

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
Deutschland, 18.Ed., Heidelberg, 1991

HÖNIG, W.:

Die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen bei
Verwaltungsakten (tesis doctoral multicopiada), München,
1968

HOPPE, B.:

Die Wirtschaftliche Vertretbarkeit im Umweltschutzrecht,
Köln, 1984.

HUBER, H.R.:

Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten (tesis doctoral multicopiada), Zürich, 1955.

IPSEN, H.P.:

Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg, 1932,

JARASS, H.D.:

Kommentar zum BImSchG, München, 1983

JARASS, H.D./PIEROTH, B.:

GG Kommentar, 2.Ed., München, 1992

JELLINEK, Georg :

Teoría General del Estado (Traducción al español de la 2.Ed. alemana, 1905, por Fernando de los Ríos), Buenos Aires, 1981

JELLINEK, Walter:

Polizeiliche Genehmigung auf jederzeitigen Widerruf, en "Preußisches Verwaltungsblatt" 47 (1925-1926)

Verwaltungsrecht, 3.Ed., 1931 (Addenda, 1950; reimpression 1966)

JESCH, D.:

Ley y Administración (traducción: M.Heredero), Madrid, 1978

JIMENEZ BLANCO, A.:

Régimen general de las licencias, en "Tratado de Derecho Municipal" (dirigido por MUÑOZ MACHADO), vol.II, Madrid, 1988.

JIMENEZ DE CISNEROS CID, F.J.:

Subvención: delimitación conceptual y análisis del instituto (inédito), Madrid, 1978.

Los Organismos Autónomos en el Derecho Público español, INAP, Madrid, 1987

La ordenación jurídica de la zona de servicio de los puertos de interés general, RDU, 134 [1993], pp.117 y ss.

JUNG, H.:

Die Nebenbestimmungen der Verwaltungsakte (tesis doctoral multicopiada), Mainz, 1956

Probleme des Widerrufsvorbehaltes, DVBL 1957, pp.708 y ss.

KLEINHEYER, G./SCHRÖDER, J.:

Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Ed., Heidelberg 1989

KLOEPFER, M.:

Kettenverwaltungsakte und Widerrufsvorbehalt, DVBL 1972, pp.371 y ss.

Der Auflagenvorbehalt bei Verwaltungsakten, en "Die Verwaltung" 8 (1975), pp.295 y ss.

KLUTH, W.:

Rechtsfragen der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung, NVwZ 1990, pp.608 y ss.

KNACK, H-J. (director):

Verwaltungsverfahrensgesetz, 2.Ed., 1982

KNEMEYER, F.-L.:

Polizei und Ordnungsrecht, 2.Ed., München, 1985

KOPP, F.:

VwVfG, 4.Ed., München, 1986

KORMANN, K.:

System de rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910
(reimpresión 1962)

KRAUSE, P.:

Die Willenserklärungen des Bürgers im Bereich des öffentlichen Rechts, VerwA. n.61 (1970), pp.297 y ss.

Rechtsformen des Verwaltungshandelns, Berlin, 1974

KRÜGER, H.:

Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung,
DVBl 1955, pp.380-387; 450-457; 518-524

KÜGEL, J.W.:

Der Planfeststellungsbeschluß und seine Anfechtbarkeit,
Berlin, 1985

LABAND, P.:

Das Saatsrecht des Deutschen Reiches II, 5.Ed., Tübingen
1911 (Reimpresión,1964)

LANDMANN/ROHMER;

Umweltrecht, Band I: Kommentar zum Bundes-
immissionsschutzgesetz, actualización: 1.Octubre 1991

LAFUENTE BENACHES, M.:

La concesión de dominio público, Madrid, 1988

LARENZ, K.:

Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 11. Ed., München u. Berlin, 1976

Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.Ed. 1991.

Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Ed., München, 1989

LECHELER, H.:

Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, BayVBl 1992, pp.545 y ss.

LEGUINA VILLA, J.:

Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa, en RAP n.68, pp.9 y ss.

La responsabilidad civil de la Administración Pública, 2.Ed. Madrid, 1983

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en LEGUINA/SANCHEZ MORON, "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Madrid, 1993.

LEISNER, W.:

"Gesetz wird Unsinn...", DVBl 1981, pp.849 y ss.

Die Lenkungsauflage, Stuttgart, 1982

Derecho constitucional, Derecho administrativo, Conferencia en la U.A.M, Octubre 1992

Problemas de la propiedad en Alemania, Conferencia en la UAM, octubre 1992.

Die Höhe der Enteignungsentschädigung, Unterschreitung des Verkehrswertes? NJW 22 [1992], pp.1409 y ss.

Degressive Ersatzleistungen?, NJW 1993, pp.353 y ss.

LOPEZ GONZALEZ, J.I.:

El principio general de proporcionalidad en Derecho administrativo, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1988.

LOPEZ MENUDO, F.:

El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Sevilla, 1983.

La concesión de aguas públicas y sus posibles modificaciones, REDA 77, pp.95 y ss.

LOPEZ PELLICER, J.A.:

Régimen y condicionamiento de las licencias Urbanísticas, RDU 85 (1983), pp.61 y ss.

LUCIFREDI, R.:

L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali, Genova, 1941 (reimpresión, 1963)

MANRESA:

Comentarios al Código civil, T. VIII, Madrid, 1901

MANZANEDO MATEOS:

El comercio exterior en el Ordenamiento administrativo español, vol.I, Madrid, 1968

MARTENS, J.:

Die Praxis des Verwaltungsverfahrens, München, 1985,

MARTIN MATEO, R.:

La cláusula de precario en las concesiones de dominio público, RAP 56 (1968), pp.63 y ss.

MARTIN-RETORTILLO, Lorenzo:

La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional, RAP 115, pp.205 y ss.

Los "ruidos evitables", REALA 238, pp.1275 y ss.

MARTIN-RETORTILLO, L./DE OTTO, I.:

Derechos fundamentales y Constitución, Madrid, 1988

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián:

Aguas públicas y obras hidráulicas, Madrid, 1966

Derecho Administrativo Económico I, Madrid, 1988

MARTINEZ ESCUDERO:

Costas y playas, 2.Ed, Madrid, 1985.

MARTINEZ GIMÉNEZ, C.:

Los precios públicos, Madrid, 1993

MAS BADIA, M.D.:

El nuevo régimen jurídico de las aguas, Valencia, 1993

MAUNZ, J./DÜRIG, G./HERZOG, R.:

Grundgesetz Kommentar, München, actualización: Diciembre 1989

MAURER, H.:

Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, en "Verwaltungsverfahren, Festschrift zum 50-Jährigen Bestehen des Richard Booberg Verlags"

(coordinador Schmitt Glaeser), 1977, pp.223 y ss.

Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), pp.135 y ss.

Allgemeine Verwaltungsrechts, 6. Ed. München, 1988

MAYER, O.:

Deutsches Verwaltungsrecht, Tomos I y II, 3.Ed, 1923 (Reimpresión, 1969).

Derecho Administrativo alemán, Tomo I y II (Traducción directa al español del original francés, París 1903, por Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin) Buenos Aires, 1949

MEINECKE:

Anmerkung zu BVerwG Urteil v. 11.2.1983 7 C 70.80, DVBl 1984. pp.725 y ss.

MENENDEZ REXACH, A.:

Informe sobre las posibilidades legales de agilizar la tramitación de las licencias de apertura de establecimientos o locales emplazados en el recinto de la exposición universal, inédito, Valladolid, 1992

Procedimientos administrativos, finalización y ejecución, en "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", (Dirigido por J.LEGUINA y M.SANCHEZ MORON), Madrid, 1993, pp.246 y ss.

MENGER, C.F.:

Probleme der Handlungsformen bei der Vergabe von Wirtschaftssubventionen-Mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlicher Vertrag?, en "Festschrift für W.Ernst", 1980, pp.301 y ss.

MENGER, C.F./ERICHSEN, H.U.:

Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verw.Arch. 61 (1970), pp.375 y ss.

MERELO ABELA, J.M.:

La Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, BCL, Madrid, 1991.

MEYER, H./BORGS, H.:

Verwaltungsverfahrensgesetz, 2.Ed., 1982

MITTEIS, H./LIEBRICH, H.:

Deutsche Rechtsgeschichte, 18. Ed., München, 1988

MÖRTEL, G.:

Gaststättengesetz Kommentar, 3.Ed., München, 1973

MÖBLE, W.:

Der Verwaltungsakt mit Nebenbestimmungen im Planungsrecht und der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz, BayVB1 1982, pp.193 y ss. y 231 y ss.

MONTES PENADES, V.L.:

Comentario a los arts. 1113 a 1124 C.c. en "Comentario al Código Civil y Compilaciones forales", Tomo XV, vol.1, Madrid, 1989

MONTORO CHINER, M.J.:

La responsabilidad patrimonial de la Administración por actos urbanísticos, Madrid, 1983

MONTORO PUERTO, M.:

Licencia y calificación en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, REVL 153 (1967), pp.345 y ss.

MORALES MORENO, A.M.:

El "propósito práctico" y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro, ADC 1983, pp.1529 y ss.

El error en los contratos, Madrid, 1988

MOZO SEOANE, A.:

La discrecionalidad de la Administración pública en España, Madrid, 1985

MUGDAN, B.:

Die gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vol.I, Berlin, 1999 (Reimpresión, Aalen, 1979)

MUTSCHLER, U.:

Nebenbestimmungen zur Atomlagengenehmigung und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen (tesis doctoral multicopiada), Köln, 1974

NEUMANN, S.:

Die Grenzen des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, NJW 1962, pp.1085 y ss.

NIETO, A.:

Voz "Indemnización", en NEJ Seix, pp.209 y ss.

La discutible supervivencia del interés directo, REDA 12, pp.39 y ss.

Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo, INAP, Madrid, 1986

La Organización del desgobierno, 4.Ed., Barcelona, 1988

El positivismo jurídico y la Constitución de 1978, en REDC n.26 [1993], pp.9 y ss.

NIEVES BORREGO, J.:

Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención, RAP 42 (1963), pp.17 y ss.

OBERMAYER, K.:

Grundzüge des Verwaltungsrechts, 2. Ed., 1975

Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2.Ed., Darmstadt, 1990.

OSSENBÜHL, F.:

Die Freigabep Praxis im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, DVBL 1980.

Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, en "Handbuch des Staatsrechts, III", Heidelberg, 1988, Cap.62.

Staatshaftungsrecht, 4.Ed., München, 1991

PALANDT:

Bürgerliches Gesetzbuch, 47 Ed., 1988

PALLARES MORENO, M.:

Estado, Administración, Poderes Públicos y Responsabilidad, Granada, 1987.

PARADA, R.:

Derecho Administrativo I, 2.Ed., Madrid, 1990

Régimen jurídico de las Administraciones Publicas y Procedimiento Administrativo Común, Madrid, 1993

PAREJO ALFONSO, L.:

Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa. Madrid, 1983

Derecho Urbanístico. Instituciones Básicas. Mendoza, 1986

Expropiación y supuestos expropiatorios, en la Ley 8/1990, DA 222, pp.115 y ss.

PAZ ANTOLIN,A./PERNAS, B.:

El informe, como instrumento de coordinación, en la Ley de Costas, en "Estudios Territoriales", núm.34 (1990), pp.145 y ss.

PEREZ BOLAÑOS, H.:

Las licencias de urbanismo y las cláusulas accesorias, AA 13, 1989, pp.773 y ss.

PEREZ LUÑO, A-E.:

La seguridad jurídica, Barcelona, 1991

PUIG BRUTAU, J.:

Fundamentos de Derecho civil. Tomo I, vol.II, Barcelona, 1976.

Caducidad, prescripción extintiva y usucapión, Barcelona, 1988

PY, P.:

Le rôle de la volonté dans les actes administratifs unilatéraux, Paris, 1976

RANELLETI:

Teoria degli atti amministrativi speciali, 7.Ed, Milán, 1945

RICHTER, I./SCHUPERT, G.F.:

Casebook Verfassungsrecht, 2.Ed., München, 1991

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.:

La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso), Madrid, 1986

La caducidad en el Derecho administrativo español, Madrid, 1993

ROELLECKE, G.:

Gesetzmäßigkeitsprinzip und verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen, DöV 1968, pp.333 y ss.

ROUHETTE. G.:

La doctrine de l'acte juridique, sur quelques materiaux récents, en "Droits", n.7, Paris.1988.

RÜPING, U.:

Verwaltungswille und Verwaltungsakt, Tesis doctoral (multicopiada), Bonn, 1986

RUMPEL, E.:

Abschied von der "modifizierende Auflage" im Umweltverwaltungs- und Umweltstrafrecht, NVwZ 1988, pp.502 y ss.

SACHS, M.:

"Volenti non fit iniuria", VerwA. 76 (1985), pp.398 y ss.

SAINZ MORENO, F.:

Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, 1976

La cláusula de precario para tender líneas eléctricas sobre dominio público, REDA 21, pp.274 y ss.

Obligación de resolver y actos presuntos, en "Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", (Dirigido por J.LEGUINA y M.SANCHEZ MORON), Madrid, 1993, pp.126 y ss.

SALA ARQUER, J.M.:

La revocación de los actos administrativos en el Derecho español, IEA, Madrid, 1974

SANCHEZ DIAZ, J.L.:

La licencia de edificación en la ley 8/1990 sobre el régimen urbanístico y valoraciones del suelo, REALA 249 [1991], pp.33 y ss.

SANCHEZ ROMAN, F.:

Estudios de Derecho civil, Tomo IV, 2.Ed., Madrid, 1899

SANTAMARIA PASTOR, J.A.:

La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, IEA, Madrid, 1972

SANTAMARIA PASTOR, J.A/PAREJO ALFONSO, L. (directores):

Derecho administrativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1989

SCHACHEL, J.:

Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, Berlin, 1978.

SCHELLONG:

Über die Bedeutung der Bedingung im Sinne der Reichsgewerbeordnung, über die Befugnis der Polizeibehörde zur Schließung einer genehmigten gewerblichen Anlage und über die Rechtsfolgen einer ungerechtfertigten polizeilichen Schließung, VerwA. 18 (1910), 40 y ss

SCHIMMELPFENNIG, H-Ch.:

Vorläufige Verwaltungsakte, München, 1989

SCHLEICH, A.:

Nebenbestimmungen zu Zuwendungsbescheiden des Bundes und der Länder, NJW 1988, pp.236 y ss.

SCHMIDT-ABMANN, E.:

Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts, en LERCHE, P./SCHMITT-GLAESER, W./SCHMIDT-ABMANN, E.: "Verfahren als staats- und Verwaltungsrechtliche Kategorie", Heidelberg 1984. pp.1 y ss.

SCHMIDT-PREuß, M.:

Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht.
Berlin, 1992

SCHNAPP, F.E.:

Der Verwaltungsvorbehalt, VVDStRL 43 (1985), pp.172 y ss.

SCHNEIDER, H-J.:

Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, Berlin, 1981

SCHOLZ, R.:

Verwaltungsverantwortung und Gerichtbarkeit, VVDStRL 34
(1976), pp.161 y ss.

SCHRÖDER, M.:

Die Bundesregierung, en "Handbuch des Staatsrechts"
(HbStR), Tomo I, Heidelberg, 1987, pp.585 y ss.

SCHUPPERT, G.F.:

Self-restraints der Rechtsprechung, DVBl 1988, pp.1197
y ss.

SCHWARZER, H.:

Bayerische Bauordnung mit Erläuterungen, 2.Ed., München
1991

SELLNER, D.:

Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, München,
1978

SIEDER, F./ZEITLER, H.:

Wasserhaushaltsgesetz, actualización: 1.4.1990, art.4,
párr.10

SIMON, A.:

Bayerische Bauordnung, 10. Ed. München, 1990
(actualización de hojas recambiables)

SOSA WAGNER, F.:

Las actividades molestas, en especial, el ruido
(Introducción y selección de jurisprudencia), Madrid,
1991

STELKENS, P./BONK, H.J./LEONHARDT, K.:

Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar. 3. Ed. 1990,

STASSINOPOULOS, M.:

Traité des actes administratifs, Atenas, 1954

STERN, K.:

Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II,
München, 1980,

STOBER, R.:

Zur Problematik des art. 44 a) Abs.1 BHO und des
entsprechenden Länderrechts, DöV 1984, pp.265 y ss.

SULSER, K.:

Bedingung und Auflage, Aarau, 1919

TEZNER:

Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, AÖR 9, pp.325
y ss.

TOLEDO JAUDENES, J.:

La caducidad de las licencias urbanísticas, RDU 86
(1984), pp.83 y ss.

El principio "quien contamina paga" y el canon de
vertidos, RAP 112 (1987)

TORNOS MAS, J.:

Suspensión cautelar en el proceso contencioso-
administrativo y doctrina jurisprudencial. (Comentario
a los Autos de la Sala 4a del Tribunal Supremo de 28, 29
y 30 de marzo y 4 de abril de 1988), REDA 61 (1989),
pp.119 y ss

TORRALBA SORIANO:

El modo en el Derecho civil, Alicante, 1966

TORRES DE CRUELLS, J.:

La medida cautelar del art. 1121 del Código civil, ADC 1959, pp.1221 y ss.

TRUJILLO PEÑA, J:

Régimen jurídico en las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, Madrid, 1967

ULE, C.H/LAUBINGER, H.W.:

Verwaltungsverfahrenrecht, 3.Ed., Köln, 1986

VILLAR PALASI, J.L.:

Naturaleza y regulación de la concesión minera, RAP 1 (1950), pp.79 y ss.

La eficacia de la concesión y la cláusula "sin perjuicio de tercero", RAP 5 (1951), pp.147 y ss.

voz "Concesiones administrativas", en NEJ Seix, tomo IV, Barcelona, 1952.

Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político, RAP 14 (1954), pp.11 y ss.

La intervención administrativa en la industria, IEP, 1964

Apuntes de Derecho administrativo, Tomo II, UNED, Madrid, 1974

VON IHERING R.:

Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884

VON BIBERSTEIN, F, Freiherrn Marschall:

Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze, Stuttgart, 1927

VON MANGOLDT, H.:

Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwA. 37 (1932), pp.101 y ss.

VON MANGOLDT, H./KLEIN:

Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 3.Ed., München, 1985

VON MÜNCH, I.:

Der Widerrufsvorbehalt im Verwaltungsrecht, JZ 1964, pp.53 y ss. y 121 y ss.

VON MÜNCH, I./EHLERS, D.:

Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, en ERICHSEN/MARTENS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Ed., Berlin, 1992.

VON SAVIGNY. F.C.:

System des heutigen römischen Rechts, vol III, Berlin, 1840, (2.Reimpresión, 1981)

Entstehung des Positiven Rechts, en "Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", reproducido por Erik Wolf, en "Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft", Frankfurt, 1950.

VON THUR, A.:

Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. vol.II-1. Halle, 1914

WEBER-DÜRLER, B.:

Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Zürich, 1983

WEIDES, P.:

Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 2.Ed., München, 1981

WELLAS, M.:

Der Widerrufsvorbehalt von Verwaltungsakten, (tesis doctoral multicopiada), Tübingen, 1973

WEYREUTHER, F.:

Über Baubedingungen, DVBl 1969, pp.232 y ss; y 295 y ss.

Modifizierende Auflagen, DVBl 84, pp.365 y ss.

WINDSCHEID, B.:

Lehrbuch des Pandektenrechts, 3. Ed. Düsseldorf, 1870

WOLF, M.:

Kommentar zum Paragraph 158 BGB, en "Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil", Stuttgart, 1987 (iniciado por SOERGEL; dirigido por M.WOLF), pp.1217 y ss..

WOLFF, H.J./BACHOF, O.:

Verwaltungsrecht I, 9.Ed., München, 1974

ZANOBINI, G:

Corso di diritto amministrativo, vol.I, 5.Edición, 1947

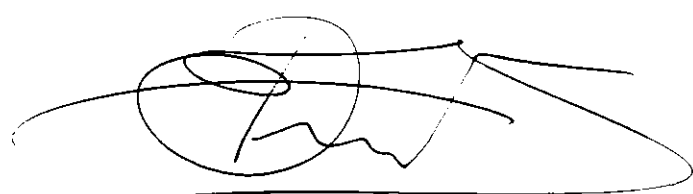
ZULEEG, M.:

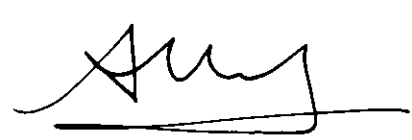
Die Rechtsform der Subvention, Berlin, 1965

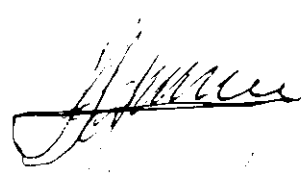
REUNION DEL COMITÉ AL QUE CONCURRERON
 LOS MIEMBROS DEL COMITÉ DE ASESORIA
 Y DEL COMITÉ DE ASESORIA DE ENSEÑANZA
 por unanimidad quince abril 1999

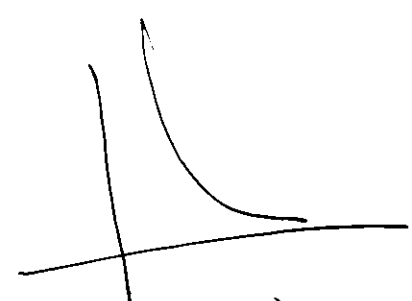
Quince

Rte.: G. P. Quince


 Francisco J. Pizarro


 Angel Menéndez


 José Lapuerta


 JAIME RODRÍGUEZ-ARANA